

(١٣٦٧)

الأجر والضمان

قواعد ومسائل

من مصنفات أصول الفقه والقواعد الفقهية

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

" فاستأجره ليلبسه أو كانت دابة فاستأجرها ليركبها فقبل الغاصب **الإجارة** برئ الغاصب من **الضمان**

والفرق أن استئجار الغاصب على تعليم العبد الخبز وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه لأنه قد وقع العمل فيه وهو في يد المولى فلم يوجب له يدا فيه فلم يبرأ عن **الضمان**

وليس كذلك إذا استأجره للخدمة أو للبس أو الركوب لأن العقد على الركوب يقتضي تسليم الدابة إليه ليجب **الأجر** بالتسليم وكذلك اللبس والخدمة بدليل أنه لو سلم ولم يركب واستصحبه ماشيا في الطريق استحق **الأجر** فقد أوجب له يدا فيه من جهة نفسه فكأنه ارتجعه منه ثم أجره إياه

٤٣١ – إذا غصب صبيا حرا فقتله إنسان في يد الغاصب فلولي الصبي أن يضمن الغاصب دينه

ولو أمسك رجلا حتى جاء آخر وقتله لم يضمن الممسك

والفرق أن الغاصب قرب الصبي من الإتلاف لأنه لو كان في يد والديه دفعوا القاتل عنه فصار بتقريبه منشئا للتلف فصار جانيا فضمن كما لو حمل السيف وضربه عليه أو ألقاه عليه أو حفر بئرا ودفع إنسانا فيها

وليس كذلك الممسك لأنه لم يقربه إلى الإتلاف لأنه باق على مكانه فهو مسبب فقط غير ناقل ولا جان وبمجرد التسبب لا يضمن ." (١)

" **فالأجرة** بينهما نصفان ومن أصحابنا من حكى أنه لو اجر نفسه ليخدم إنسانا شهرا لا تكون **الأجرة** بينهما

ووجه الفرق أن كل واحد منهما ضامن على صاحبه ما يلزمه بحكم العقد مما يصح **الضمان** فيه وضمان الخياطة عن شريكه وضمان النقل جائز فصار مضمونا على كل واحد منهما وإذا كان مضمونا على شريكه جاز أن يستحق بدله

وليس كذلك الخدمة لأن العقد وقع على المدة والخدمة لا يكون مضمونا عليه فلا يكون مضمونا شريكه فجاز ألا يستحق **الأجرة** مع عدم **الضمان** فإن قيل ذكر في الأصل أنه لو أجر نفسه لحفظ شيء أو نقله أو عمل عملا بأجر أو كسب كسبا فهو بينهما وحفظ شيء لا يكون مضمونا عليه لأن العقد يقع على المدة فيجب ألا يكون بينهما كما قلنا

٤٥٥ – إذا أقر أحد المتفاوضين لامرأته بعد ما طلقها وهي في العدة بدين لم يلزم شريكه من ذلك شيء

---

(١) الفروق، ١٦/٢

ولو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين وهي في العدة لزمهما جميعا

والفرق أن حكم الفراش باق ما دامت في العدة بدليل أنه يلزمه نفقتها وسكناها ويبقى له حق التصرف والتسليط في مالها فصار كما لو ." (١)

" عنها الغلام ومات فلا ضمان عليه وقيل المسألة محمولة على أن العبد ممن يستمسك على الدابة

والفرق أن السوق مضمون على المكاري والحمولة في يده لأنه من عليه ويستحق الأجر به لا بد له على نفسه فإذا تلف بمعنى كان مضمونا عليه وهو في غيره مضمون كالقصار إذا دق فتخرق من دقه

وليس كذلك العبد لأن العبد تصرف في نفسه فهو في يد نفسه إذا كان ممن يستمسك على الدابة فإذا فقد تلف بيد نفسه فلا يجب به الضمان على غيره

٥٧٣ – إذا استأجر دابة إلى الري أو إلى فارس ولم يسم مدينتها ولا رساتيقها لم يجز

ولو استأجر إلى البصرة جاز

والفرق أن الري اسم للقصبة ونواحيها فإذا لم يتبين صار المعقود عليه مجهولا فلم يجز

وليس كذلك البصرة لأنها اسم مطلق على المدينة والقصبة في العرف والعادة فانصرف مطلق عقده إلى المعتاد المتعارف كما لو أطلق الثمن انصرف إلى نقد البلد كذلك هذا ." (٢)

" والصبي المحجور إذا أجر نفسه من رجل فنقله إلى منزله ليعمل له فتلف بحرق أو صاعقة فعلى المستأجر الضمان والأجر

والفرق بينهما أنه لما استعمل العبد بغير إذن صاحبه صار غاصبا له فوجب الضمان عليه ومن شرط إمساك العين على حكم الإجارة أن تكون العين أمانة في يده فلما صار مضمونا ثبت انه امسك لا على حكم الإجارة فلا يستحق عليه الأجر

وليس كذلك الصبي لأن ذلك الضمان الذي يلزمه ضمان استهلاك لا ضمان غصب لأن الصبي حر والحر لا يضمن بالغصب وإنما يضمن بالاستهلاك وضمان الاستهلاك لا يسقط ضمان الأجر كما لو استأجر عبدا شهرا ثم أنه قتله بعد مضي الشهر ضمن قيمته والأجر كذلك هذا

٥٧٨ – إذا كان دار بين رجلين ان الله أحدهما نصفها من شريكه جاز على ظاهر الروايات

ولو رهن نصفها من شريكه لم يجز

---

(١) الفروق، ٣٧/٢

(٢) الفروق، ١٤٦/٢

والفرق أن المستأجر يصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق عليه لأنه يجوز أن ينتفع بملك نفسه ويجوز له أن ينتفع بما استأجر وإذا وصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق جاز له أن يستأجر وإن لم يجز لغيره كالغاصب إذا استأجر العبد المغصوب جاز وإن لم يجز لغيره أن يستأجره

وليس كذلك الرهن لأن العقد يقع على إمساك العين ولو جوزنا ذلك ." (١)

" ولو استأجر عبدا بعينه شهرا يخدمه وكفل رجل بالخدمة لم يجز

والفرق أنه إذا لم تكن الدابة بعينها فالعقد وقع على الحمل والحمل مضمون عليه فقد ضمن مضمونا بمضمون له قبله فصح الضمان كما لو ضمن عنه دينا

وليس كذلك العبد لأن العقد وقع على تسليم النفس دون الخدمة بدليل أنه لو سلم العبد ولم يستخدمه استحق الأجر فلم يكن العمل مضمونا عليه فقد ضمن غير مضمون فلم يجز كما لو ضمن الوديعة من المودع ." (٢)

" ووجوب الأرش هنا عكس ما قاله الأصحاب فى الحرة حيث جعلوا الأصح فيه عدم الإفراد ولصاحب المحرر فيه روايتان وذكر أنهما منصوصتان

ثم إذا قيل بالإفراد فالواجب معه مهر بكر هذا متحصل كلامه فى المغنى لأنه وطء بكر فكان فيه مهر بكر إذ المهر إنما يجب فى مقابلة الوطء

فإن قيل كيف أوجبتم مع ذلك أرش بكارة

قلنا لأن الأرش وجب فى مقابلة الإتلاف ولهذا وجب فيما لو أذهب بكارتها بإصبعه وهنا قد حصل الإتلاف والوطء فترتب على كل منهما موجبه

غاية ما تم حصول المتلف بالاستمتاع وذلك لا يوجب انتفاء الجمع كما لا ينبغى فى الأجرة والأرش حيث ينقص الثوب بالاستعمال

إذا تقرر هذا فإذا علقت الجارية منه فله حالتان

الحالة الأولى إذا كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للسيد فإن انفصل حيا كان كالأم فى وجوب الرد والضمان وإن انفصل ميتا فإما لجناية كان أولا وبتقدير الجناية فالجانى إما الغاصب أو غيره

---

(١) الفروق، ١٤٩/٢

(٢) الفروق، ١٥١/٢

إن كان الغاصب ففى المغنى وغيره عليه عشر قيمة أمة قال الحارثى والأولى أكثر الأمرين من قيمة الولد أو عشر قيمة الأم لوضع اليد العادية

وإن كان غير الغاصب فعليه ما قلنا من عشر قيمة الأم يرجع به المالك على من شاء منهما والقرار على الجانى

وإن زادت القيمة على العشر يرجع به المالك على الغاصب لوضع يده

وإن كان لا لجناية جان ففى وجوب ضمانه وجهان

أحدهما عدم الوجوب وهو قول القاضى أبى يعلى وابن عقيل وصاحب التلخيص

والثانى الوجوب وهو قول القاضى أبى الحسين واختاره أبو محمد المقدسى فى المغنى والحارثى والوجهان جاريان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك ." (١)

" للضرر وهذا احتمال لصاحب التلخيص وجزم به ابن المنى فى خلافه قال الحارثى وهو الحق

قلت وإطلاق الأصحاب يقتضى لا رجوع بما زاد على الثمن وفيه نظر ولنا خلاف فى التضمين والرجوع

ضابطة هل يستقر **الضمان** على المباشر بإتلافه والمتلف تحت يده أم على الغار لتسببه إلى تضمين من لم يلتزم **الضمان** على وجهين

وعلى القول بجوازه فإذا طولب به وضمنه فهل يرجع به على الآخر أم يستقر عليه لأنه أخذ منه بحق على وجهين أيضا

وفيه وجه ثالث وهو إن كان المطالب الغاصب يرجع ولو كان استقراره على غيره لقوة عدوانيته بخلاف ما إذا طولب **بالأجر** فإنه يرجع على الغاصب

ذكره أبو الخطاب فى مسائل الطعام

وفيه رواية أخرى مخرجة أنه لا يستقر على القابض ضمان شيء بالكلية سواء دخل على **الضمان** أم لا ويستقر **الضمان** على الغاصب فى ذلك كله

تنبيه وإذا أوجبنا فداء الولد فما الفداء فى المسألة روايات

إحدى الروايات الفداء بغرة نص على ذلك فى رواية إسحاق بن منصور ويعقوب بن بختان واختارها الخرقى وأبو بكر فى التنبيه والقاضيان أبو يعلى وأبو يعقوب بن إبراهيم فى تعليقهما وأبو الخطاب فى رؤوس

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية- الفقي، ص/٣٠٤

المسائل والشريف أبو القاسم البريدى وغيرهم قال القاضى أبو الحسين والشريف أبو جعفر وأبو الحسين بن بكروش وهى أصح

والرواية الثانية القيمة اختارها أبو محمد المقدسى فى كتابه المغنى فى كتاب النكاح وحكاه عن نص أحمد فى رواية أبى طالب وكذلك اختارها أبو الحسين ابن الزاغونى وصاحب التلخيص

قال القاضى فى المجرد وهو أشبه بقوله لأنه نص على أن الحيوان لا مثل له ." (١)

"كل كراء ربع وقع إلى غير غاية معلومة فإن للمكتري أن يدعه متى شاء وللمكري أن يبطله، وله بحساب ما مر ما لم يكن بينهما شرط، وبالعكس.

٣٥٩. كل ما سوى العين المتعامل بها فلا يكون رأس مال القراض، بخلاف في النقر.

٣٦٠. كل قراض فسد بأن شرط فيه رب المال ما قصر به العامل عن نظره أو شرط أحدهما زيادة خالصة لنفسه فهو مردود إلى أجرة المثل وإلا فإلى قراض المثل، وقيل: كل قراض فسد لزيادة لا تحل أو لتحظير لا ينبغي **فالأجرة**، وإلا فالقراض إلا إذا اشترط **الضمان** على العامل أو اشترط العامل أن يمسك المال مدة معلومة فالقراض، وقيل: كل زيادة أو منفعة شرطها أحدهما وليست خارجة عن المال ولا خالصة لمشترطها فإنها ترده إلى قراض المثل، وما شرط أحدهما لنفسه خارجا عن المال خالصا له فإلى أجرة المثل. وكل خطر دخلا عليه خرج به عن سنة القراض فأجرة المثل.

٣٦١. كل ما فيه قراض المثل فتعلقه بربح المال وإلا سقط، وأجرة المثل بذمة ربه وكذلك المساقاة.

٣٦٢. كل ما سوى الكرم والأصول فلا يساقى إلا إذا ظهر وعجز عنه ربه أو كان بياضا ثلثا فأدنى بقيمة الجميع بعد إلغاء مؤونته.

٣٦٣. كل ما يخلف أو حل بيعه فلا تجوز مساقاته.

٣٦٤. كل ما كان في الحائط يوم المساقاة مما ينتفع به فيها فلا يخرج، كما لا يشترط العامل ما لم يكن، وعلى كل واحد خلف ما عليه.

٣٦٥. كل ما لا يتعلق بالثمرة لا يشترط على العامل.

٣٦٦.." (٢)

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية- الفقي، ص/٣٠٧

(٢) الكليات الفقهية للمقري، ص/٤٥

"لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لأنه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول **الضمان** عن عين ما وقع فيه التعدي بحال إلا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة وظاهر كلام كثير من الأصحاب: أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفا بمجرد الإذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجها آخر وبه جزم القاضي في خلافه: أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والإذن في التصرف كان منوطا به.

ومنها: الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامنا ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة.

ومنها: الرهن إذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضمونا عليه ولم تبطل توثقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالا ببطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لا سيما إن كان مشروطا في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فإن الراهن يجبر على تقبيضه فكيف يزول بالتعدي.

ومنها: إذا استأجره لحفظ شيء مدة فحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل **الإجارة**؟ فيه وجهان قال ابن المثنى: أصحهما لا تبطل ؛ بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا.

وفي مسائل ابن منصور عن أحمد إذا استأجر أجيرا شهرا معلوما فجاء إليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار.

والوجه الآخر: يبطل العقد فلا يستحق شيئا من **الأجرة** بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة وبذلك أفتى ابن عقيل في فنونه.

ومنها: الوصي إذا تعدى في التصرف فهل يبطل كونه وصيا أم لا؟ ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين: أحدهما: لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامنا كالوكيل والثاني: تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بانتفاء شرطها كالحاكم إذا فسق.

وفرض المسألة فيما إذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذي بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا؟ لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغني أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الإذن وهو منتقض بالوكيل.

ولهذا ألحقه القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول ببيع الوكيل فصححاه وضمناه النقص ومثله إجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل.." (١)

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٦٥

"القاعدة السابعة والأربعون:

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده.

ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفاسد كذلك ، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد.

والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة الوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة.

فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة ، فأما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقلنا له الرجوع به أنه إذا تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحا لكنه مراعى فإن بقي النصاب تبينا أنه قبض زكاة ، وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها.

نعم إذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد.

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثلها من الفاسد فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وإنما يضمن العين بالثمن.

المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب.

والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع ، وفي الإجارة الفاسدة روايتان:

إحداهما: كذلك.

والثانية: لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع ، ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه.

وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع ههنا ، ولكن نقل جماعة عن أحمد ما يدل على أن الإجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته ، وتأولها القاضي وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضي أيضا في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطء.

وفي النكاح الفاسد روايتان أيضا وقد قيل إن ذلك مبني على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا؟ وقد نقل

عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحا فاسدا أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية.

ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في المذهب على خلافه ، إذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمى فيه أو بقيمة المثل؟ فيه خلاف في مسائل:." (١)

"منها: المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى فيه نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان.

وإنما يترتب **الضمان** بأمر آخر طارئ على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيء ثم تلفت فإنه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك ههنا.

وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال: إنه قياس المذهب آخذا له من النكاح قال: لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمى فأشبه ما لو قال له أتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق عليه غير ما سمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضا عن الملك لا عن الإتلاف ولم يتضمن العقد إذنا في الإتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب **الضمان** بسبب متجدد.

ومنها: الإجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل أيضا ويتخرج على قول أبي بكر أنها تضمن **بالأجرة** المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء.

ومنها: الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فإذا أدى ما سمى فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد ، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا أن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها كما لو قال لعبده: إن أعطيتني خمرا فأنت حر فأعطاه عتق لوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده أن الكتابة عقد معاوضة أبدا وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل.

ومنها: النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهي

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٦٧

المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد.

وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذا من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير إذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين ، وأنا أذهب إلى أن يعطي شيئا فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقي وصاحب المغني ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها إن لها المهر بما استحل منها فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل.

وهذا ضعيف فإن الاستحلال يحصل بمحاولة الحل." (١)

"فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكه وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض.

والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول ، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رءوس الشجر وبإجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل ، وبيبع الدين ممن هو عليه ؛ لأن البائع وفى عليه بالتخلية والتمييز فلم يبق له علقة في العقد.

وعلل أيضا بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للآفات ، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان.

وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يضمن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشتريه ، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لأنه مظنة الربح ، ويتخرج له قول آخر: أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل الأجرة لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فكره أحمد ربحه لدخوله في ربح ما لم يضمن وأجاز أصل

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٦٨

البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح لئلا يكون ربحا فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكه يجوز بيعه بغير ربح ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والتمر على رءوس النخل وغيرهما مما لم يضمنه البائع.

ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به ما لم يكن للتجارة وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من بائعه حتى يكيله.

واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعا أو فسخا ، فإن قيل: إنها بيع لم يصح وإلا صحت.

وعن أبي بكر أنه منعها على الروايتين بدون كيل ثان لأنها تجديد ملك ، ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لأن أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبائع أولى.

وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الإجارات رواية في جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصة و ذكر مأخذها ، وهو اختلاف الروايتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان." (١)

"النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جدا ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة ، أن ما في الذمة إذا كان مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز ، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل **الأجرة** المعينة ، والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق.

وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان بإعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وممن يقوم مقامه ، وإن كان بإجارة صح أيضا بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه سبق.

ويصح إيجارها بمثل **الأجرة** وبأزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة لدخوله في ربح ما لم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه فهي كالثمر في رءوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه.

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٧٩

والضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب – غير أنه استثنى منه الصداق – والسامري وصاحبي المغني والتلخيص.

ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والإجارة ونحوهما.

ومع هذا فصرح القاضي في المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب إليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فأثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه.

والوجه الثاني: أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه.

وقال: هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني والشيرازي وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح إلحاقا لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدة العظيمة إذا اشتريت وزنا فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقي الدين الأول ولكن بناه على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو منتف ههنا." (١)

"والمعتمد عند الأصحاب في المسألة هو حديث رافع بن خديج ، وقد احتج به أحمد تارة ، وقال تارة: ما أراه محفوظا وذكر فيه حديثا آخر مرسلا من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية ، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفروق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقلع غرسه كما دل عليه قوله: "ليس لعرق ظالم حق " فإن الزرع يتلف بالقلع فقلعه فساد بخلاف الغرس.

ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكا لمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقا من مائهما وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر ، ولهذا سمى النساء حرثا و"لعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره" فجعل الولد زرعا وهو لمالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من الماءين ثم يتعذى من دم المرأة فأكثر أجزائه

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٨١

مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يتغذى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض.

وإنما خير مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ **الأجرة** لأنه قابل لاستيفائه بعقد الإجارة بخلاف الإيلاد وجبر حق صاحب البذر بإعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوما بخلاف ما يخلق منه الولد فإنه لا قيمة له فلذلك لم يجب لأحد الأبوين شيء.

وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئا مما تنبت المعادن لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزرع وهذه الطريقة سلكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه.

القسم الثاني: أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دخنا فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديه بزرعه فإنه غير مستند إلى إذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أن عليه ضمان أجرة المثل للزيادة ولم يذكر تملكا فإن هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه غير مأذون فيها ، وهي غير متميزة فكيف يتملك المؤجر الزرع كله.

وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من **الأجرة** هل هو **الأجرة** المسماة مع تفاوت ما بين **الأجرتين** من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقي ، والقاضي.

والثاني: اختيار ابن عقيل وحكاه القاضي عن أبي بكر وكلامه في التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله وعلى الثاني يتوجه ذلك فكيف جزم القاضي بتملكه مع اختياره للوجه الأول في **الضمان** !؟

ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها ما لا تتناهى في تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب." (١)

"بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المغلب فيه شوب التحرير دون التمليك.

ومنها: المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد من رواية الميموني صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها وإن قلنا ليس بلازم وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به حيث قال: إن كان تناول وشبهه بالمدبر يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد كالمدبر أو لا يتبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٦٠

التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين.

النوع الثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين فلا يملك بها النماء بغير إشكال إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا أم غير مضمون فإن كان العقد واردا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وإن كان غير لازم أو لازما لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلا في العقد وهل يكون تابعا للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان:

أحدهما: أنه تابع له فيهما.

والثاني: إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعه وإلا فلا ويندرج تحت ذلك صور:.

منها: المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولدا من عينه كالثمرة والولد أو من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالأرش وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل.

ومنها: الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد.

ومنها: المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعا لأصله جعلا للإذن في إمساك أصله إذنا في إمساك نمائه أم لا؟ كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل؟ على وجهين.

ومنها: الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره؟ على وجهين أيضا.

ومنها: العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا؟ على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن.." (١)

"أحدهما: هو مضمون لأنه تابع لأصله.

والثاني: ليس بمضمون لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به في باب الرهن والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقالا في كتاب الغصب. إن في ولد العارية وجها واحدا.

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٧٦

ومنها: المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا يمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمنت لقبضها بسبب **الضمان** والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى مِلكه.

ومنها: المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط **الضمان** بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه **الأجرة**.

ومنها: الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجنايِة فلا يسري.

ومنها: لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فأكل من لبنه أو بيضه لم يحنث لأن العقد لم يتعلق ذكره القاضي في خلافه فإن اليمين ليست لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيرها وهذا بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فإنه يحنث بأكل لبنها لأنه لا يؤكل منها في الحياة عادة إلا اللبن فأما نتاجها ففيه نظر.

فصل: هذا حكم النماء في العقود وأما في الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففي تبعيته فيها روايتان في الجملة ترجعان إلى أن الفسخ هل هوِ رفع للعقد من أصله أو من حينه والأصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها فإنه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة؟ على وجهين أظهرهما لا يرجع.

والثاني: يرجع واختاره القاضي في خلافه.

ومنها: المبيع في مدة الخيار إذا نما نماء منفصلا ثم فسخ البيع هل يرجع البائع أم لا؟ خرجه." (١)

"وإن قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل أنه المنصوص يصح، وعلى طريقة من حكى **الضمان** في المرهون، وإن قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله.

ومنها: عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس.

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٧٧

ومنها: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك.

ومنها: عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك.

ومنها: إذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما عل ى أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا؟ ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع؛ لانها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر؛ لان الإجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية **الأجرة**.

ومنها: إذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به؛ لان قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا الواجب القصاص عينا فلم يجب بهذه الجناية مال فلهم الع فو ولا سيما على قولنا أن ملكه قبل القبول لهم، وإن قلنا الواجب القود عينا في المرهون يخرج هاهنا مثله.

ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد إن قلنا الواجب القود عينا فهو صحيح وإن قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الواقف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على إجازة الورثة.

تنبيهان: أحدهما: لو أطاق العفو عن الجاني عمدا فهل يتنزل عفوه على القود والدية أو على القود وحده، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه. أحدها: وذكر أنه المنصوص: أنه ي نصرف إليها جميعا ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية مهنا. والثاني: ينصرف إلى القود وحده إلا أن يقر العافي بإرادة الدية مع القود. والثالث: يكون عفوا عنهما إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه. وفي الترغيب: إن قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية، وإن قلنا أحد شيئين انصرف العفو إلى القصاص في أصح الروايتين والأخرى يسقطان جميعا.

الثاني: لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه إلى الدية إن قلنا الواجب هو القصاص عينا فله تركه إلى الدية وإن قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاه ما في الترغيب. أحدهما:." (١)

"القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة

...

القاعدة الربعة والخمسون بعد المائة:

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٣٣١

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهرا ضمانة للزوج بالمهر؟ وفيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد، وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون: ليس بمتقوم، وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئا بغير خلاف، واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها، وحكاه قولا في المذهب، ويتخرج على ذلك مسائله:

منها: لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الأجنبي وحده وله مأخذان. أحدهما: أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل. والثاني: أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها. والثالث: أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوبا مبتدئا بالفرقة التي استقل بها الأجنبي فلذلك لزمه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد. وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا؟ على وجهين مذكورين في المغني وغيره وهما متنزلان على أن البضع هو متقوم أم لا؟ إذ لا غرم هنا على الزوج.

ونقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعا قال فقلت له: ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها. قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق. قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها قال لا، وإنما لم يرجع هنا عنده؛ لان فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه، ويخرج فيه وجه آخر أنه لا يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الإفساد بعد الدخول بإرضاع أو غيره ففيه وجهان: أحدهما: أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم، وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى؛ لان المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الأجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى، إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدرا بخلاف منفعة الإجارة فإنها تتقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقطها الأجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.." (١)

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٣٥٥

"والوجه الثاني: أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين. وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب. لا ضمان عليها بغير خلاف، لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين أن عليها **الضمان** وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الإجارة أن غصب المؤجر يسقط **الأجرة** كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه، وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض، كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم.

ومنها: شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر، وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئا؟ على روايتين، مأخذهما تقويم البضع وعدمه. وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعني الأول؛ لانه هو الذي استحقه على أصح الروايتين. وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني، وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة؟ على روايتين: أحدهما: يرجع به عليها؛ لان الفرقة جاءت منها فيستقر **الضمان** عليها. والثاني: لا يرجع به؛ لان المرأة استحقته بالإصابة فلا يجوز أخذه منها.

ومنها: إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني، وقلنا على رواية: إن الثاني أحق بها، فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟ على وجهين، واختار القاضي **الضمان**؛ لان خروج البضع متقوم.

ومنها: إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، وظاهر القرآن يدل على وجوبه، لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب؛ لان الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه، فلما حرم الرد بعد صحة اشتراط

وجب رد بدله وهو المهر، وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن؛ لانه شرط مال للكفار من غير ضرورة، ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن." (١)

"ضابطة:

هل يستقر الضمان على المباشر بإتلافه والمتلف تحت يده أم على الغار لتسببه إلى تضمين من لم يلتزم الضمان على وجهين.

وعلى القول بجوازه فإذا طولب به وضمنه فهل يرجع به على الآخر أم يستقر عليه لأنه أخذ منه بحق على وجهين أيضا.

وفيه وجه ثالث وهو إن كان المطالب الغاصب يرجع ولو كان استقراره على غيره لقوة عدوانيته بخلاف ما إذا طولب بالأجر فإنه يرجع على الغاصب ذكره أبو الخطاب في مسائل الطعام.

وفيه رواية أخرى مخرجة أنه لا يستقر على القابض ضمان شيء بالكلية سواء دخل على الضمان أم لا ويستقر الضمان على الغاصب في ذلك كله.

تنبيه:

وإذا أوجبنا فداء الولد فما الفداء في المسألة روايات.

إحدى الروايات: الفداء بغرة نص على ذلك في رواية إسحاق بن منصور ويعقوب بن بختان واختارها الخرقي وأبو بكر في التنبيه والقاضيان أبو يعلى وأبو يعقوب بن إبراهيم١ في تعليقهما وأبو الخطاب في رؤوس المسائل والشريف أبو القاسم البريدى٢ وغيرهم.

قال القاضي أبو الحسين والشريف أبو جعفر وأبو الحسين بن بكروش وهي أصح.

_

١ كذا في الأصل والصواب يعقوب بن إبراهيم والمقصود هو: القاضي أبو علي يعقوب ابن إبراهيم بن أحمد بن سطور البرزبيني [ت ٤٨٦هـ] صاحب "التعليقة" في الفقه الحنبلي والتي لخصها في "تعليقة" شيخه القاضي أبي يعلى بن الفراء.

٢ في الأصل البريدي والصواب ما أثبتناه وهو: الشريف أبو القاسم علي بن محمد بن علي الهاشمي العلوي الحسيني الحراني المقرئ [ت ٤٣٣هـ] انظر شذرات الذهب "١٦٠/٥".." (٢)

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/٣٥٦

(٢) القواعد والفوائد الأصولية- الفضيلي، ص/٣٩٠

"لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لأنه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول **الضمان** عن عين ما وقع فيه التعدي بحال إلا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة وظاهر كلام كثير من الأصحاب: أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفا بمجرد الإذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجها آخر وبه جزم القاضي في خلافه: أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والإذن في التصرف كان منوطا به.

ومنها: الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامنا ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة.

ومنها: الرهن إذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضمونا عليه ولم تبطل توثقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالا ببطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لا سيما إن كان مشروطا في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فإن الراهن يجبر على تقبيضه فكيف يزول بالتعدي.

ومنها: إذا استأجره لحفظ شيء مدة فحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل **الإجارة**؟ فيه وجهان قال ابن المثنى: أصحهما لا تبطل ؛ بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا.

وفي مسائل ابن منصور عن أحمد إذا استأجر أجيرا شهرا معلوما فجاء إليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار.

والوجه الآخر: يبطل العقد فلا يستحق شيئا من **الأجرة** بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة وبذلك أفتى ابن عقيل في فنونه.

ومنها: الوصي إذا تعدى في التصرف فهل يبطل كونه وصيا أم لا؟ ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين: أحدهما: لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامنا كالوكيل والثاني: تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بانتفاء شرطها كالحاكم إذا فسق.

وفرض المسألة فيما إذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذي بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا؟ لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغني أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الإذن وهو منتقض بالوكيل.

ولهذا ألحقه القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول ببيع الوكيل فصححاه وضمناه النقص ومثله إجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل.." (١)

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٦٥

"القاعدة السابعة والأربعون:

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده.

ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفاسد كذلك ، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد.

والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة الوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة.

فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة ، فأما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقلنا له الرجوع به أنه إذا تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحا لكنه مراعى فإن بقي النصاب تبينا أنه قبض زكاة ، وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها.

نعم إذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد.

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثلها من الفاسد فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وإنما يضمن العين بالثمن.

المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب.

والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع ، وفي الإجارة الفاسدة روايتان:

إحداهما: كذلك.

والثانية: لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع ، ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه.

وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع ههنا ، ولكن نقل جماعة عن أحمد ما يدل على أن الإجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته ، وتأولها القاضي وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضي أيضا في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطء.

وفي النكاح الفاسد روايتان أيضا وقد قيل إن ذلك مبني على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا؟ وقد نقل

عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحا فاسدا أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية.

ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في المذهب على خلافه ، إذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمى فيه أو بقيمة المثل؟ فيه خلاف في مسائل:." (١)

"منها: المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى فيه نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان.

وإنما يترتب **الضمان** بأمر آخر طارئ على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيء ثم تلفت فإنه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك ههنا.

وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال: إنه قياس المذهب آخذا له من النكاح قال: لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمى فأشبه ما لو قال له أتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق عليه غير ما سمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضا عن الملك لا عن الإتلاف ولم يتضمن العقد إذنا في الإتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب **الضمان** بسبب متجدد.

ومنها: الإجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل أيضا ويتخرج على قول أبي بكر أنها تضمن **بالأجرة** المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء.

ومنها: الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فإذا أدى ما سمى فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد ، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا أن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها كما لو قال لعبده: إن أعطيتني خمرا فأنت حر فأعطاه عتق لوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده أن الكتابة عقد معاوضة أبدا وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل.

ومنها: النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهي

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٦٧

المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد.

وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذا من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير إذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين ، وأنا أذهب إلى أن يعطي شيئا فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقي وصاحب المغني ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها إن لها المهر بما استحل منها فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل.

وهذا ضعيف فإن الاستحلال يحصل بمحاولة ،الحل." (١)

"فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكه وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض.

والتعليل بتوالي **الضمانين** ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول ، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رءوس الشجر وبإجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل ، وببيع الدين ممن هو عليه ؛ لأن البائع وفى عليه بالتخلية والتمييز فلم يبق له علقة في العقد.

وعلل أيضا بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للآفات ، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان.

وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يضمن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشتريه ، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لأنه مظنة الربح ، ويتخرج له قول آخر: أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل **الأجرة** لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فكره أحمد ربحه لدخوله في ربح ما لم يضمن وأجاز أصل

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٦٨

البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمته من غير ربح لئلا يكون ربحا فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكه يجوز بيعه بغير ربح ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والتمر على رءوس النخل وغيرهما مما لم يضمنه البائع.

ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به ما لم يكن للتجارة وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من بائعه حتى يكيله.

واختلف الأصحاب في الإقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعا أو فسخا ، فإن قيل: إنها بيع لم يصح وإلا صحت.

وعن أبي بكر أنه منعها على الروايتين بدون كيل ثان لأنها تجديد ملك ، ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لأن أحمد أجاز في رواية منصوصة عنه بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبائع أولى.

وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الإجارات رواية في جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصة و ذكر مأخذها ، وهو اختلاف الروايتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان." (١)

"النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جدا ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة ، أن ما في الذمة إذا كان مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز ، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل **الأجرة** المعينة ، والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق.

وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان بإعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وممن يقوم مقامه ، وإن كان بإجارة صح أيضا بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه سبق.

ويصح إيجارها بمثل **الأجرة** وبأزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة لدخوله في ربح ما لم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه فهي كالثمر في رءوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه.

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٧٩

والضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب – غير أنه استثنى منه الصداق – والسامري وصاحبي المغني والتلخيص.

ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والإجارة ونحوهما.

ومع هذا فصرح القاضي في المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف **والضمان** هنا ونسب إليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فأثبت **الضمان** ومنع التصرف وهو وهم عليه.

والوجه الثاني: أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه.

وقال: هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني والشيرازي وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغني في كتاب النكاح إلحاقا لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدة العظيمة إذا اشتريت وزنا فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، ومنافع الإجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقي الدين الأول ولكن بناه على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو منتف ههنا." (١)

"والمعتمد عند الأصحاب في المسألة هو حديث رافع بن خديج ، وقد احتج به أحمد تارة ، وقال تارة: ما أراه محفوظا وذكر فيه حديثا آخر مرسلا من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية ، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفروق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقلع غرسه كما دل عليه قوله: "ليس لعرق ظالم حق " فإن الزرع يتلف بالقلع فقلعه فساد بخلاف الغرس.

ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكا لمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقا من مائهما وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر ، ولهذا سمى النساء حرثا و"لعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره" فجعل الولد زرعا وهو لمالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من الماءين ثم يتعذى من دم المرأة فأكثر أجزائه

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٨١

مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يتغذى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض.

وإنما خير مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ الأجرة لأنه قابل لاستيفائه بعقد الإجارة بخلاف الإيلاد وجبر حق صاحب البذر بإعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوما بخلاف ما يخلق منه الولد فإنه لا قيمة له فلذلك لم يجب لأحد الأبوين شيء.

وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئا مما تنبت المعادن لكان الخارج منه لرب الأرض كالنتاج والزرع وهذه الطريقة سلكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه.

القسم الثاني: أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دخنا فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديه بزرعه فإنه غير مستند إلى إذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أن عليه ضمان أجرة المثل للزيادة ولم يذكر تملكا فإن هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه غير مأذون فيها ، وهي غير متميزة فكيف يتملك المؤجر الزرع كله.

وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقي ، والقاضي.

والثاني: اختيار ابن عقيل وحكاه القاضي عن أبي بكر وكلامه في التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله وعلى الثاني يتوجه ذلك فكيف جزم القاضي بتملكه مع اختياره للوجه الأول في الضمان !؟

ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها ما لا تتناهى في تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب." [1]

"بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المغلب فيه شوب التحرير دون التمليك.

ومنها: المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد من رواية الميموني صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها وإن قلنا ليس بلازم وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به حيث قال: إن كان تناول وشبهه بالمدبر يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد كالمدبر أو لا يتبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٦٠

التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين.

النوع الثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين فلا يملكٍ بها النماء بغير إشكال إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا أم غير مضمون فإن كان العقد واردا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وإن كان غير لازم أو لازما لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلا في العقد وهل يكون تابعا للأصل في **الضمان** وعدمه فيه وجهان:

أحدهما: أنه تابع له فيهما.

والثاني: إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب **الضمان** أو الائتمان تبعه وإلا فلا ويندرج تحت ذلك صور:.

منها: المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولدا من عينه كالثمرة والولد أو من كسبه **كالأجرة** أو بدلا عنه كالأرش وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل.

ومنها: الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد.

ومنها: المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعا لأصله جعلا للإذن في إمساك أصله إذنا في إمساك نمائه أم لا؟ كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل؟ على وجهين.

ومنها: الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره؟ على وجهين أيضا.

ومنها: العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا؟ على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن.." (١)

"أحدهما: هو مضمون لأنه تابع لأصله.

والثاني: ليس بمضمون لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به في باب الرهن والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقالا في كتاب الغصب. إن في ولد العارية وجها واحدا.

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٧٦

ومنها: المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا يمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمنت لقبضها بسبب **الضمان** والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه.

ومنها: المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط **الضمان** بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه **الأجرة**.

ومنها: الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية فلا يسري.

ومنها: لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فأكل من لبنه أو بيضه لم يحنث لأن العقد لم يتعلق ذكره القاضي في خلافه فإن اليمين ليست لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيرها وهذا بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فإنه يحنث بأكل لبنها لأنه لا يؤكل منها في الحياة عادة إلا اللبن فأما نتاجها ففيه نظر.

فصل: هذا حكم النماء في العقود وأما في الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففي تبعيته فيها روايتان في الجملة ترجعان إلى أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه والأصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور:

منها: إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها فإنه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة؟ على وجهين أظهرهما لا يرجع.

والثاني: يرجع واختاره القاضي في خلافه.

ومنها: المبيع في مدة الخيار إذا نما نماء منفصلا ثم فسخ البيع هل يرجع البائع أم لا؟ خرجه." (١)

"وإن قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل أنه المنصوص يصح، وعلى طريقة من حكى **الضمان** في المرهون، وإن قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله.

ومنها: عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس.

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٧٧

ومنها: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك.

ومنها: عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك.

ومنها: إذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما عل ى أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا؟ ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع؛ لانها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر؛ لان الإجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية **الأجرة**.

ومنها: إذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به؛ لان قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا الواجب القصاص عينا فلم يجب بهذه الجناية مال فلهم العفو ولا سيما على قولنا أن ملكه قبل القبول لهم، وإن قلنا الواجب القود عينا في المرهون يخرج هاهنا مثله.

ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد إن قلنا الواجب القود عينا فهو صحيح وإن قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الواقف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على إجازة الورثة.

تنبيهان: أحدهما: لو أطاق العفو عن الجاني عمدا فهل يتنزل عفوه على القود والدية أو على القود وحده، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه. أحدها: وذكر أنه المنصوص: أنه ينصرف إليها جميعا ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية مهنا. والثاني: ينصرف إلى القود وحده إلا أن يقر العافي بإرادة الدية مع القود. والثالث: يكون عفوا عنهما إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه. وفي الترغيب: إن قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية، وإن قلنا أحد شيئين انصرف العفو إلى القصاص في أصح الروايتين والأخرى يسقطان جميعا.

الثاني: لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه إلى الدية إن قلنا الواجب هو القصاص عينا فله تركه إلى الدية وإن قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب. أحدهما:." (١)

"القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة

...

القاعدة الربعة والخمسون بعد المائة:

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٣١

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهرا ضمانة للزوج بالمهر؟ وفيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد، وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون: ليس بمتقوم، وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئا بغير خلاف، واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها، وحكاه قولا في المذهب، ويتخرج على ذلك مسائله:

منها: لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الأجنبي وحده وله مأخذان. أحدهما: أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل. والثاني: أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها. والثالث: أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوبا مبتدئا بالفرقة التي استقل بها الأجنبي فلذلك لزمه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد. وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا؟ على وجهين مذكورين في المغني وغيره وهما متنزلان على أن البضع هو متقوم أم لا؟ إذ لا غرم هنا على الزوج.

ونقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعا قال فقلت له: ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها. قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق. قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها قال لا، وإنما لم يرجع هنا عنده؛ لان فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه، ويخرج فيه وجه آخر أنه لا يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الإفساد بعد الدخول بإرضاع أو غيره ففيه وجهان: أحدهما: أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم، وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى؛ لان المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الأجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى، إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدرا بخلاف منفعة الإجارة فإنها تتقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقطها الأجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.." [(١)]

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٥٥

"والوجه الثاني: أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين. وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب. لا ضمان عليها بغير خلاف، لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين أن عليها **الضمان** وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الإجارة أن غصب المؤجر يسقط **الأجرة** كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه، وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض، كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم.

ومنها: شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر، وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئا؟ على روايتين، مأخذهما تقويم البضع وعدمه. وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعني الأول؛ لانه هو الذي استحقه على أصح الروايتين. وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني، وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة؟ على روايتين: أحدهما: يرجع به عليها؛ لان الفرقة جاءت منها فيستقر **الضمان** عليها. والثاني: لا يرجع به؛ لان المرأة استحقته بالإصابة فلا يجوز أخذه منها.

ومنها: إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني، وقلنا على رواية: إن الثاني أحق بها، فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟ على وجهين، واختار القاضي **الضمان**؛ لان خروج البضع متقوم.

ومنها: إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، وظاهر القرآن يدل على وجوبه، لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب؛ لان الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه، فلما حرم الرد بعد صحة اشتراط

وجب رد بدله وهو المهر، وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن؛ لانه شرط مال للكفار من غير ضرورة، ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن." (١)

" بيع أو نكاح وكان متميزا لم يضمن على الصحيح وإن كان غير متميز ضمن وإن كان في إجارة ضمن بكل حال والوجه الثاني إن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضامن له لأنه بسبب إلى جعل ملك غيره في يده وإن استقل به الآخر كفسق البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكر صاحب المغني في مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر ووجه أن الإذن في القبض إنما كان لازما للوجوب للدفع للملك ولهذا يتملك المشتري والمستأجر أخذه بدون إذنه فبعد زوال الملك لا يوجد إذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الإذن في القبض فإنما أذن في قبض ما ملك عليه فلا يكون إذنا في قبض ملكه هو والوجه الثالث حكم **الضمان** بعد الفسخ حكم ما قبله فإن كان مضمونا فهو مضمون وإلا فلا يكون البيع بعد فسخه مضمونا لأنه كان مضمونا على المشتري بحكم العقد ولا يزول **الضمان** بالفسخ صرح بذلك القاضي في خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان في الإجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل وصرح بذلك القاضي وغيره يوجه بأن المبيع والصداق إنما أقبضه لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فإنه أقبضها مع علمه بأنها ملكه فكان إذنا في قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضي وأبو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفي **الأجرة** ولا يكون ضامنا والوجه الرابع أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب في الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الريح إليه ثوبا وكذلك اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل في الصداق بعد الطلاق والوجه الخامس التفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلق الزوج وبين أن ينفسخ العقد ففي الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكا للأول وفي الفسخ يكون مضمونا لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضمونا بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع وممن صرح بذلك الأزجي في النهاية وصاحب التلخيص وهو

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٥٦

". (١)

" أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ولو كانت عينين فتعدى في إحداهما فهل يصير ضامنا لهما أو لما وجد فيه التعدي خاصة فيه تردد ذكره القاضي أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغوني أنه إذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه بأمانته فمتى وجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعلق فقال كلما خنت ثم عدت فأنت أمين فإنه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضي ومنها الوكيل إذا تعدى فالمشهور أن وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامنا ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص لأن الوكالة إذن في التصرف مع استئمان فإذا زال أحدهما لم يزل الآخر وهذا هو المشهور على هذا فإنما يضمن ما وقع فيه التعدي خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لأنه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول **الضمان** عن عين ما وقع فيه التعدي بحال إلا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير منصرفا بمجرد الإذن وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجها آخر وبه جزم القاضي في خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والإذن في التصرف كان منوطا به ومنها الشركة والمضاربة إذا تعدى فيهما فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامنا ويصح تصرفه لبقاء الإذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة ومنها الرهن إذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضمونا عليه ولم تبطل توثقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالا ببطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لا سيما إن كان مشروطا في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فإن الراهن يجبر على تقبيضه فكيف يزول بالتعدي ومنها إذا استأجره لحفظ شيء مدة فحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل **الإجارة** فيه وجهان قال ابن المثنى أصحهما لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا وفي مسائل ابن منصور عن أحمد إذا استأجر أجيرا شهرا معلوما فجاء إليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئا من **الأجرة** بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة وبذلك أفتى ابن عقيل في فنونه

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٦٣

(١) ".

" كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة فأما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقلنا له الرجوع به أنه إذا تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحا لكنه مراعي فإن بقي النصاب تبينا أنه قبض زكاة وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها نعم إذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثلها من الفاسد فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة وإنما يضمن العين بالثمن المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب والإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع وفي الإج ارة الفاسدة روايتان إحداهما كذلك والثانية لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه وكذلك يخرج في ضمان منفعة البيع هاهنا ولكن نقل عن أحمد ما يدل على أن الإجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته وتأولها القاضي وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضي أيضا في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطء وفي النكاح الفاسد روايتان أيضا وقد قيل إن ذلك مبني على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا وقد نقل عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحا فاسدا أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع وقد سبق ذلك والعمل في المذهب على خلافه إذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمى فيه أو بقيمة المثل فيه خلاف في مسائل منها المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى فية نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وإنما يترتب الضمان بأمر آخر طارئ على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٧١

". (١)

" إقباضها بشيء ثم تلفت فإنه يلغي المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك هاهنا وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال إنه قياس المذهب أخذا له من النكاح قال لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمى فأشبه ما لو قال له أتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق عليه غير ما سمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضا عن الملك لا عن الإتلاف ولم يتضمن العقد إذنا في الإتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجد الضمان بسبب متجدد ومنها الإجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل أيضا ويتخرج على قول أبي بكر أنها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء ومنها الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فإذا أدى ما سمى فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرين زعموا أن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها كما لو قال لعبده إن أعطيتني خمرا فأنت حر فأعطاه عتق لوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده أن الكتابة عقد معاوضة أبدا وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا يعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل ومنها النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذا من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير إذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين وأنا أذهب إلى أن يعطى شيئا فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقي وصاحب المغني واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها أن لها المهر بما استحل منها فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل وهذا ضعيف فإن

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٧٤

" (١) .

" صاحب المغني ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهي عن ربح ما لم يضمن وأما القاضي فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جدا وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة أن ما في الذمة إذا كان مكيلا أو موزونا لم يجز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز وهذا الكلام في التصرف في البيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان أحدهما ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل **الأجرة** المعينة والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق وأما التصرف في المنافع المتأخرة فإن كان بإعارة ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق وأما التصرف في المنافع المتأخرة فإن كان بإعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وممن يقوم مقامه وإن كان بإجارة صح أيضا بعد قبض العين ولم يصح قبلها إلا للمؤجر على وجه سبق ويصح إيجارها بمثل **الأجرة** وبأزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة لدخوله في ربح ما لم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر في وجه بدليل أنه لو عطلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه فهي كالثمر في رؤوس الشجر فهو مضمون عليه بإتلافه والضرب الثاني ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمد ونحو ذلك ففيه وجهان أحدهما يجوز التصرف قبل فيه القبض وهو قول القاضي في المجرد وأبي الخطاب غير أنه استثنى منه الصداق والسامري وصاحب المغني والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ووجه ذلك أن تلف هذه الأعواض لا تنفسخ بها عقودها فلا ضرر في التصرف فيها بخلاف البيع والإجارة ونحوهما ومع هذا صرح القاضي في المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف **والضمان** هنا ونسب إليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فأثبت **الضمان** ومنع التصرف وهو وهم عليه والوجه الثاني أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف في غير المعين منها قبل القبض وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل

(١) القواعد لابن رجب، ص/٧٥

". (١)

" القسم الثاني أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استأجر لزرع شعير فزرع ذرة أو دخنا فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديه بزرعه فإنه غير مستند إلى إذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أن عليه ضمان أجرة المثل للزيادة ولم يذكر تملكا فإن هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه غير مأذون فيها وهي غير متميزة فكيف يتملك المؤجر الزرع كله وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من **الأجرة** هل هو **الأجرة** المسماة مع تفاوت ما بين **الأجرتين** من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان والمنصوص الأول وهو قول الخرقي والقاضي والثاني اختيار ابن عقيل وافتتاح القاضي عن أبي بكر وكلامه في التنبيه موافق الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله وعلى الثاني يتوجه ذلك فكيف جزم القاضي بتملكه مع اختياره للوجه الأول في **الضمان** ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها ما لا تتناهى في تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان ثم إن القاضي وابن عقيل قالا عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فإنما المالك مخير بين تملكه وتركه **بالأجرة** فأما القلع فلا القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد كالمالك والوكيل والوصي والناظر إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة فقال الأصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله وذكر القاضي في خلافه أن أحمد نص عليه في رواية حرب في البيع الفاسد وإنما رواية حرب في الغرس وذكره الخرقي أيضا في المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند إلى إذن من له الإذن فلا يكون عدوانا ويحتمل أن هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصي فلا يعتبر إذنه لانتفاء المصلحة في العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود الملك كالبيع وعقود التصرف بالإذن كالمزارعة لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الإذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري في العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فإن الإذن موجود في صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف في فاسدها وقد ورد في ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد عن أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبلي الأرض وقال الآخر قبلي الفدن وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر علي

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٨٩

". (١)

" وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقلنا له ذلك بقي الولد مدبرا هذا قول القاضي وابن عقيل وقال أبو بكر في التنبيه بل هو تابع محض لها إن عتقت عتق وإن رقت رق وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضا ومنها المعلق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففي عتقه معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه الصفة لأنه تابع محض ومنها الموصى بعتقها أو وقفها إذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره القاضي في الموصى بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المغلب فيه شوب التحرير دون التمليك ومنها المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد من رواية الميموني صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها وإن قلنا ليس بلازم وكلام أحمد في آخر رواية الميموني يشعر به حيث قال إن كان تناول وشبهه بالمدبر يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد كالمدبر أو لا يتبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين النوع الثاني عقود موضوعة لغير تمليك العين فلا يملك بها النماء بغير إشكال إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا أم غير مضمون فإن كان العقد واردا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل وإن كان غير لازم أو لازما لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلا في العقد وهل يكون تابعا للأصل في **الضمان** وعدمه فيه وجهان أحدهما أنه تابع له فيهما والثاني إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب **الضمان** أو الائتمان تبعه وإلا فلا ويندرج تحت ذلك صور منها المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولدا من عينه كالثمرة والولد أو من كسبه **كالأجرة** أو بدلا عنه كالأرش وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل

". (٢)

" ومنها الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٧١

(٢) القواعد لابن رجب، ص/١٨٧

سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد ومنها المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعا لأصله جعلا للإذن في إمساك أصله إذنا في إمساك نمائه أم لا كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين ومنها الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره على وجهين أيضا ومنها العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله و ا لثاني ليس بمضمون لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به في باب الرهن والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقالا في كتاب الغصب إن في ولد العارية وجها واحدا ومنها المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا يمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمنت لقبضها بسبب الضمان والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه ومنها المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة ومنها الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة

---

(١) ".

" فنوعان أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدبر فيضمن باليد على ما ذكره القاضي والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد في قياس المذهب قاله أبو البركات في تعليقه على الهداية والثاني الحر المحض هل تثبت عليه اليد فيترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بها بحال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كمن غصب أمة حاملا بحر ذكره القاضي في خلافه بما يشعر أنه محل وفاق حكى القاضي في خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر في ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٨٨

لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه وقال القاضي في مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبنى على ذلك أن الأجير الخاص إذا أسلم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله استقرت له **الأجرة** لتلف منافعه تحت يده وكذلك يجب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعى اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فهي له ترجيحا باليد كذا ذكره القاضي وإنما يتوجه على قولنا بتقدم بينة الداخل وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة إجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجي في النهاية بصحته وبنى عليه جواز صحة إجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين وبنى صاحب التلخيص أيضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فإن في ضمان أجرته وجهين تنبيه من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في تذكرته وغيرهما وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة وإن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر وخالف ابن المنى وجزم في تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح وذكر في الحرة ترددا لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرة إذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الطلق قال في التلخيص لأن الاستيلاء كأنه إثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرة لا تدخل تحت اليد ومجرد السبب ضعيف وفي المغني يضمنها مطلقا

". (١)

" أنها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وإن كان عوضا متعينا في العقد لم ينفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا إن النكاح على المغصوب لا يصح لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه وقال في المجرد ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان أحدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لأن هذه العقود لا تنفسخ باستحقاق أعواضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاضي في أكثر

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٣٦

كتبه وجزم به صاحب المحرر والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة لعوضهما لا لهما وهو قول القاضي في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فأبت أن تتزوجه على ذلك فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج في البيع أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب فههنا كذلك اليد السابعة القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاضي والأكثرون إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة ففيه ما مر من زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره وفي تعليقة أبي البركات على الهداية ويتخرج لأصحابنا وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول فرضيت يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان أحدهما عليه والثاني على الغاصب وهو الذي ذكره القاضي في خلافه انتهى والوجه الأول منزل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده اليد الثامنة القابضة للشركة وهي المتصرفة في المال بما ينميه بجزء من النماء

". (١)

" فات عليهما جميعا ولهذا لو أبر أحد الشريكين الغريم من حقه برئ ولم يلزم الضمان لشريكه بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله فإنه لشريكه نصيبه منه وإن قلنا الواجب أحد شيئين فعفي مجانا ففي الكافي هو كالعفو عن المال فإن كان محجورا عليه لم يصح وإن كان واهيا ففيه ثلاثة أوجه أحدهما لا يصح وهو اختياره أعني صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس والثاني يصح يؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص والثالث يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا مكانه فإذا زال الرهن ردت إلى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفلس والمريض فيما إذا زاد على الثلث والورثة ونحوهم فيتخرج في الضمان وجهان كالاقتصاص إذا قلنا الواجب أحد شيئين ويتخرج على هذا الأصل مسائل منها عفو الراهن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى ومنها عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجانا فالمشهور أنا إن قلنا الواجب القود عينا صح وإن قلنا الواجب

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٤٣

أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل أنه المنصوص يصح وعلى طريقة من حكى **الضمان** وهو المرهون وإن قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله ومنها عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس ومنها عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك ومنها عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما إذا زاد على الثلث كذلك ومنها إذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع لأنها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر لأن **الإجارة** تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية **الأجرة** ومنها إذا قتل العبد الموصى به المعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ويتوجه تخريج ذلك

---

(١) ".

" تسقطها **الأجرة** عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله والوجه الثاني أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب لا ضمان عليها بغير خلاف لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عليها **الضمان** وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في **الإجارة** أن غصب المؤجر يسقط **الأجرة** كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم ومنها شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئا على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل ومنها امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٥١

الذي أقبضه إياها أعني الأول لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة على روايتين أحدهما يرجع به عليها لأن الفرقة جاءت منها فيستقر **الضمان** عليها والثاني لا يرجع به لأن المرأة استحقته بالإصابة فلا يجوز أخذه منها ومنها إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدته، وتزوجت ودخل بها الثاني وقلنا على رواية إن الثاني أحق بها فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا على وجهين واختار القاضي **الضمان** لأن خروج البضع متقوم ومنها إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الأصحاب

---

(١) ".

"**الأجراء** في ذلك وهو من باب الاستحسان ولم يره الشافعي رضي الله عنه بل طرد قاعدة الأمانة في الإجارة ، والأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله كالفواكه والأشربة والأطعمة المطبوخة فإن الأجير يضمن سدا لذريعة التناول منها وطرد الشافعي القاعدة أيضا ههنا فلم يضمن أيضا وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى ، والحكام على ذلك وأموال الغائبين والمجانين فجميع ذلك لا ضمان فيه ؛ لأن الأيدي فيه مؤتمنة فهذه الأسباب الثلاثة هي أسباب **الضمان** فهي قاعدة ما يضمن وما عداها فهو قاعدة ما لا يضمن كما تقدم من النظائر ، وإذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب **فالضمان** على الثاني دون الأول تقديما للمباشرة على التسبب ؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره فإن القصاص يجب عليهما ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب وكتقديم السم لإنسان في طعامه فيأكله جاهلا به فإنه مباشر لقتل نفسه .
وواضع السم متسبب ، والقصاص على المتسبب وحده وكشهود الزور ، أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على إنسان ، ثم يعترضون بالكذب ، أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم ولا ينقض

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٣٧٧

الحكم ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر ، والشاهد متسبب ، غير أن المصلحة العامة قد اقتضت عدم تضمين الحكام." (١)

"بمؤتمنة اليد المؤتمنة كوضع اليد في الودائع والقراض والمساقاة ، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى ، والحكام على ذلك وأموال الغائبين والمجانين وكذا أيدي **الأجراء** في الإجارة مطلقا عند الشافعي ولو كان الأجير صانعا يؤثر بصنعته في الأعيان ، أو على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله كالفواكه والأشربة والأطعمة المطبوخة طردا لقاعدة الأمانة في الإجارة واستثنى مالك من القاعدة المذكورة صورتين : الأولى الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته كالخياط والقصار استحسن فيها أن الأصلح للناس تضمين **الأجراء** لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق .

والثانية الأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله فإنه رحمه الله تعالى يضمن الأجير فيها سدا للذريعة ، إذا علمت هذا علمت أن جميع ما وضع الأيدي فيه مؤتمنة من النظائر لا ضمان فيه وهي قاعدة ما لا يضمن وأن جميع ما وضع الأيدي فيه غير مؤتمنة من النظائر فيه **الضمان** كما في مباشرة إتلاف المتمولات والتسبب للإتلاف وأن هذه الأسباب الثلاثة هي أسباب **الضمان** وهي قاعدة ما يضمن فهذا هو تقرير قاعدة ما يوجب **الضمان** وقاعدة ما لا يوجبه .

وأما الواجب في **الضمان** فهو إما رد المال بعينه إن كان قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ، وإما رد مثله إن استهلك وكان مثليا ، أما إن كان عروضا من حيوان وغيره فقال مالك لا يقضى فيه إلا بالقيمة يوم استهلك .

وقال الشافعي وأبو." (٢)

"(الفرق السابع والمائتان بين قاعدة ما يضمنه **الأجراء** إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه) وهو أن الهلاك خمسة أقسام يضمن **الأجراء** المهلوك في قسمين (أحدهما) ما غرروا فيه بضعف حبل يضمنون قيمته بموضع الهلاك لأنه موضع أثر التفريط ، ولهم من الكراء بحسابه ، وقيل بموضع الحمل لأنه منه ابتداء التعدي (وثانيهما) ما هلك بقولهم من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة ، ولهم الكراء كله لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه لأنهم استحقوه بالعقد ، ولا يضمنونه في ثلاث أقسام : (أحدها) ما هلك بسبب حامله من عثار أو ضعف حبل لم يغرر به أو ذهاب دابة أو سفينة بما فيها فلا ضمان ولا أجرة ،

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٤/٢٢٨

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٤/٢٣٤

ولا عليه أن يأتي بمثله ليحمله قاله مالك وقال غيره : ما هلك بعثار كالهالك بأمر سماوي .
وقال ابن نافع لرب السفينة بحساب ما بلغت (وثانيها) ما هلك بأمر سماوي بالبينة فله الكراء كله ، وعليه حمل مثله من موضع الهلاك لأن أجزاء المنفعة مضمونة عليه (وثالثها) ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة ، ولهم الكراء كله ، وعليهم حمل مثله من موضع الهلاك لأنهم لما صدقوا أشبه ما هلك بأمر سماوي .
وقال ابن حبيب لهم من الكراء بحسب ما بلغوا ، ويفسخ الكراء لأنه لما كان لا يعلم إلا من قولهم أشبه ما هلك بعثار ، وفي بداية المجتهد لحفيد ابن رشد أن **الضمان** عند الفقهاء على وجهين : (أحدهما) ما كان بالتعدي ، وهو أن مالكا جعل عثار الدابة لو كانت عثورا." (١)
"المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض فأشبه القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضا من ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم ، واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع ، وسقط **الضمان** عنهم هل تجب لهم **الأجرة** أم لا إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم .
وقال ابن المواز لهم **الأجرة** ، ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا ، ووجه ما قال ابن القاسم أن **الأجرة** إنما استوجبت في مقابلة العمل فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير .
وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة ، ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة عليه إلا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من خرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران ، والطبيب يموت العليل من معالجته ، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٤٩٧/٦

وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق." (١)

"(الفرق العاشر والمائتان بين قاعدة ما يرد من القراض الفاسد إلى قراض المثل وبين قاعدة ما يرد منه إلى أجرة المثل) اعلم أن الأصل الرد إلى قراض المثل كسائر أبواب الفقه ، ولأنه العمل الذي دخل عليه قال القاضي عياض في التنبيهات مذهب المدونة أن الفاسد من القراض يرد إلى أجرة مثله إلا في تسع مسائل القراض بالعروض ، وإلى أجل ، وعلى الضمان ، والمبهم ، وبدين يقتضيه من أجنبي ، وعلى شرك في المال ، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد ، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها ، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه ، ويتجر بثمنه ، وألحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد ففي الكتاب إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه له قراض المثل ، والضابط كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال ، ولا خالصة لمشترطها ، ومتى كانت خارجة عن المال أو كانت غررا حراما فأجرة المثل فعلى هذه الأمور الثلاثة تدور المسائل ، وعن مالك قراض المثل مطلقا . وقال الشافعي وأبو حنيفة وعبد الملك بالأجرة مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح وإلغاء الفاسد بالكلية قال صاحب القبس فيها خمسة أقوال ثالثها لابن القاسم إن كان الفساد في العقد فقراض المثل أو لزيادة فأجرة المثل ورابعها لمحمد الأقل من قراض المثل المسمى وخامسها تفصيل ابن القاسم ، وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال : وأجرة مثل في القراض تعينت سوى تسعة قد خالف." (٢)

"(الفرق العاشر والمائتان بين قاعدة ما يرد من القراض الفاسد إلى قراض المثل وبين قاعدة ما يرد منه إلى أجرة المثل) القراض قال ابن عرفة هو تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة قال ابن عاصم : والنقد والحضور والتعيين من شرطه ويمنع التضمين ولا يسوغ جعله إلى أجل وفسخه مستوجب إذا نزل ولا يجوز شرط شيء ينفرد به من الربح وإن يقع يرد قال التسولي في شرحه عليه ذكر الناظم من شروط القراض ثلاثة النقد والحضور والتعيين ، ومن الموانع ثلاثة الضمان والأجل واشتراط شيء ينفرد به أحدهما ، والشرط ما يطلب وجوده ، والمانع ما يطلب عدمه .

وقد بقي عليه شروط أخر ، وموانع أخر انظرها في خليل ، وغيره ا هـ .

والأصل في فاسده الرد إلى قراض المثل كسائر أبواب الفقه ، ولأنه العمل الذي دخل عليه إلا أن صاحب

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٦/٤٩٩

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٧/١٣

القبس حكى فيه خمسة أقوال (الأول) عن مالك الرد إلى قراض المثل مطلقا جريا على الأصل المذكور (الثاني) عن الشافعي وأبي حنيفة وعبد الملك الرد إلى **الأجرة** مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح ، وإلغاء الفاسد بالكلية (والثالث) عن ابن القاسم إن كان الفساد في العقد فقراض المثل أو لزيادة فأجرة المثل (الرابع) عن محمد بن المواز الأقل من قراض المثل والمسمى .

(والخامس) تفصيل ابن القاسم الذي ذكره عياض في التنبيهات حيث قال مذهب المدونة إن الفاسد من القراض يرد إلى أجرة مثله إلا في تسع مسائل القراض بالعروض ، وإلى أجل ، وعلى **الضمان** ،." (١)

"هو لفظ حديث صحيح أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وابن حبان من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو : « أن رجلا ابتاع عبدا فأقام عنده ما شاء الله (١) أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال : الخراج **بالضمان** » . قال أبو عبيد : « الخراج في هذا الحديث غلة العبد ، يشتريه الرجل فيستغله زمانا ثم يعثر منه على عيب دلسه (٢) البائع فيرده ، ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان في ضمانه ولو هلك هلك من ماله » . انتهى . وكذا قال الفقهاء : « معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ليكون الغنم (٣) في مقابلة الغرم » . انتهى .

ومن فروعها : إن ما حدث من المبيع من ثمرة وغيرها كالولد **والأجرة** وكسب الرقيق والركاز الذي يجده وما وهب له فقبله وقبضه وما وصى له به فقبله ومهر الجارية إذا وطئت بشبهة كل ذلك للمشتري . وخرج عن ذلك مسألة وهي . ما لو أعتقت المرأة عبدا فإن ولاءه يكون لابنها ولو جنى العبد جناية خطأ فالعقل على عصبتها دونه وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث ، والله أعلم .

القاعدة الثانية عشرة

« الخروج من الخلاف مستحب »

فرعها كثيرة جدا لا تكاد تحصى . فمنها استحباب الدلك في الطهارة ، واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل المني بالماء ، والترتيب في قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء

---

(١) أي مدة .

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ١٥/٧

(٢) أخفاه .

(٣) المصلحة .

$[١/٦٩]." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : الخلع : وفيه خلاف في البيع ، وأولى بالمنع.

ومنها : لا يزوج الولي المرأة من نفسه ؛ خلافا لأبي يحيى البلخي.

ومنها : هل له تزويج أمته من عبده الصغير ، إذا جوزنا أن له إجباره فيه وجهان.

ومنها : إذا وكله أن يصالح من نفسه ؛ فوجهان -في البحر إذا عين له ما يصالح به ؛ فإن أطلق لم يجز له أن يصالح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين.

ومنها : قال المحاملي : لو قال كاتب نفسك على نجمين فعلى هذين الوجهين.

فروع المقرض المقترض في مؤنة الرهن ، وعامل المساقاة وهرب الجمال وناظر الوقف ، ومؤنة اللقطة ومؤنة تعريفها في مؤنة الرهن ، وعامل المساقاة وهرب الجمال وناظر الوديعة ، ونفقة الأم على الولد ، وكذلك١ ، الجدة ، وأجرة سكنى المعتدة ، وأكل الطعام في المخمصة ، وكل ذلك للضرورة. واختصاصه بالضرورة ينبهك على خروجه عن الqواعد.

قال الشيخ عز الدين في أكل طعام الغير في المخمصة : "أقام الشرع المضطر في المخمصة مقام مقرض ومقترض ولك أن تقول : أو جعل هذا الإتلاف ، وألزمه -بسببه- **الضمان** ولا حاجة إلى تقدير فرض ، وبالجملة. الموضع موضع ضرورة -فليغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

فروع المطلق والمطلق ، والمعتق والمعتق.

فروع المتصدق والمتصدق عليه.

فروع المستوفي المستوفى منه.

مسألة : أذن المؤجر للمستأجر في صرف **الأجرة** في العمارة ، توكيل الدائن المدين في استيفائه ، ومستحق القصاص من عليه القود -نفسا أو طرفا- والإمام السارق في قطع اليد.

وفي الكل وجهان ؛ حكى الإمام آخرهما في توكيل الجاني ليجلد نفسه ، واستبعده -من جهة أنه متهم

---

(١) إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية للحجي، ص/٦٩

في إيلام نفسه- قال الرافعي : والمذهب في الكل المنع.

قلت : وأقرب الكل إلى الصحة استيفاء الدين ؛ إذ لا محذور فيه والصور مشتركة في اتجاه المستوفي والمستوفى منه غير أن بعضها ليس فيه زيادة على ذلك فيسهل

---

١ في "ب" وكذا الجد.

صفحة ٢٦١ | ٤٦٦." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وهنا ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه يصح.

وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض بريء الغاصب والمستعبر من **الضمان**. وفي مؤنة الرهن. إذا قال : كان الراهن غائبا ولا مال له ، وقال المرتهن : أنا أنفق وأرجع.

وفي عامل المساقاة وفي هرب الجمال.

وفيما إذا انهدم الوقف الرافعي : يجوز للإمام أن يأذن للناظر في الاستقراض ، أو الإنفاق على العمارة - من مال نفسه ، وليس له الاستقراض دون إذن.

قلت : ويحتاج إلى الفرق بينه ، وبين ولي اليتيم ؛ إذ له أن يقترض له.

ومنها : مؤنة التعريف في اللقطة :

ومنها : نفقة اللقيط.

ومنها : إذا احتاجت الوديعة إلى نفقة ؛ فأنفق من غير إذن الحاكم إذا لم يقدر على إذنه ؛ ففي الرجوع أوجه في "الحاوي" ثالثها يرجع إن أشهد.

ومنها : لو خالع بحضانة ولده -وصححناه- فله أن يأمرها بصرف الطعام والشراب لولده.

وفي "الشامل" أنه ينبغي جريان خلاف فيه من الملتقط إذا أذن له في الإنفاق على اللقيط من ماله بشرط الرجوع.

ومنها : الطفل إذا امتنع الأب من الإنفاق عليه فأنفقت الأم من مالها -على قصد الرجوع- وأشهدت ، رجعت ، وإلا. فوجهان ؛ كذا قال الرافعي ولعل ذلك إذا لم يكن قاض.

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكي، ٢٨١/١

ومنها : في نفقة القريب إذا امتنع القريب ، في كلام الرافعي أن القريب يستقرض على قريبه ، وينفق على نفسه ؛ فهذا مستقرض لنفسه على غيره.

وقد ذكروا الإشهاد في هذه الصور ، ولم يتكلموا على [أنه ما]١ يشهد –لوضوحه– إلا في المساقاة.

قال الرافعي : يشهد على العمل : أو [على]٢ الاستئجار ، ويدل الأجرة بشرط الرجوع ؛ فإن لم يتعرض للرجوع فهو كترك الإشهاد قاله في الشامل.

---

١ في "ب" ماذا.

٢ سقط في "ب".

صفحة ٢٦٤ | ٤٦٦." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ولو باع النصاب في أثناء الحول ، ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول ؛ فلذلك قضى الشيخ الإمام [بعدم]١ اطراد القاعدة ، ولم يرها أصلا يعتمد ، وخرج ابن الرفعة عليها الوجهين فيما لو أدى الضامن الدين ثم وهبه رب الدين منه ، هل يرجع على الأصيل [المضمون]٢ عنه ؛ فإن قلنا : كالذي لم يزل ، لم يرجع على الأصيل المضمون عنه وإلا رجع.

وضعف بناء [الرافعي]٣ أياهما على القولين ، فيما لو وهبت الصداق من الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، من حيث إن الهبة لو فقدت ووقع الطلاق ؛ لكان الشطر عائدا : للزوج بعينه ، قال : فهبته منه تعجيل ما٤ سيجب ، وهذا المعنى لا يتحقق فيما نحن فيه.

قلت : وتخريج القولين –في هبة الصداق– على القاعدة ظاهرة ، ولهذا يظهر تخريج مسألة الضمان عليهما.

فإن قلت : فلِم احتجب إلى الواسطة.

قلت : لعله لما ذكره ابن الرفعة.

قاعدة : لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

ولا يرد ما إذا استعمل العارية –بعد الرجوع– جاهلا به ؛ حيث لا تجب عليه الأجرة فيما إذا ذكر القفال

---

(١) الأشباه والنظائر . السبكي، ١/٢٨٤

: "وإذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل -بغير حق- والمأمور لا يعلم ؛ حيث لا دية على القاتل.

وإذا جن المحرم ، ثم قتل صيدا ؛ حيث لا جزاء واجب في الأظهر من القولين.

وإذا قتل مسلما -ظن كفره- بدار الحرب ؛ فالأصح لا تجب الدية. وإذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون ؛ حيث لا دية إذا جهل إسلامه.

وإذا باشر الولي [القصاص]٥ من الحامل جاهلا بحملها فالأصح أن الدية على السلطان.

---

١ في "ب" بعد.

٢ في "ب" المعتمد.

٣ سقط من "ب".

٤ في "ب" لما.

٥ في "ب" الاقتصاص.

صفحة ٢٧٧ | ٤٦٦." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قاعدة : فاسد كل عقد كصحيحه في **الضمان** وعدمه١. قال القاضي الحسين : إلا ما شذ عن ذلك وهو عقد الشركة إذا كانت صحيحة ؛ فعمل كل واحد منهما في مال صاحبه. لا يكون عمله مضمونا وإذا كانت فاسدة يكون مضمونا وعكس هذا المسابقة على الخيل أو الرمي صحيحها يكون مضمونا بخلاف فاسدها.

قال ابن الرفعة : والمقبوض في الهبة الفاسدة مضمون -على وجه- بخلاف الصحيحة.

قلت : ومسائل أخرى :

منها : صحيح الوديعة لا ضمان فيه على المودع ، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن.

ومنها : إذا قال : قارضتك على أن جميع الربح لي -وقلنا : هو قراض فاسد ، لا يستحق شيئا على الأصح -وإن ربح- وفي القراض الصحيح يستحق المسمى فصحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة.

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكي، ١/٢٩٧

ومنها : لو عرض العين المستأجرة على المستأجر ، فامتنع من [تسلمها]٢ إلى أن انقضت المدة ، استقرت الأجرة ، ولو كانت الإجارة فاسد لم تستقر صرح به صاحب التهذيب.

ومنها : إذا نكح امرأة نكاحا صحيحا ، وماتت من الولادة ، لم يضمنها -بلا خلاف- ولعله إجماع- ولو كان النكاح فاسدا ؛ ففي ضمانها قولان في البحر.

فائدة : ليس مرادنا -من قولنا : الفاسد كالصحيح في الضمان أنه يجب فيه المسمى كما في الصحيح ؛ بل أنه مثله في أصل الضمان ؛ فيجب -في الإجارة الفاسدة- أجرة المثل ونحو ذلك ، لا خصوص المسمى.

فلا يجب المسمى في شيء من العقود الفاسدة إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا بذل الكافر مالا على الدخول في حرم مكة فإن الإمام لا يجيبه فإن فعل فالصلح فاسد ؛ فإن فعل أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة فإنه إنما ثبتت فيها أجرة المثل ، فإنه هنا استوفى في العوض ، وليس لمثله أجره وإن دخل -ولم ينته إلى الموضع المشروط- وجبت الحصة من المسمى.

---

١ الأشباه والنظائر ٢٨٣ ، مختصر قواعد العلائي ١/ ٣١٥.

٢ في "ب" تسليمها.

صفحة ٣٠٧ | ٤٦٦." (١)

"عليه .

وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل .

الثانية : إذا صدر الرهن ، والإجارة من الغاصب ، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح ، وإن كان القرار على الغاصب ، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة .

الثالثة : لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه : أنه يضمن ، كالبيع الفاسد .

الرابعة : ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه الضمان فإنه يكون مضمونا على قابضه منه ، مع فساده .

تنبيه : المراد من القاعدة الأولى : استواء الصحيح والفاسد في أصل الضمان ، لا في الضامن ولا في المقدار ، فإنهما لا يستويان .

---

(١) الأشباه والنظائر . السبكي، ١/٣٢٧

أما الضامن : فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة .

تكون الأجرة على الولي ، لا في مال الصبي ، كما صرح به البغوي في فتاويه ، بخلاف الصحيحة .

وأما المقدار : فلأن صحيح البيع : مضمون بالثمن ، وفاسده بالقيمة ، أو المثل : وصحيح القرض : مضمون بالمثل مطلقا ، وفاسده بالمثل ، أو القيمة .

وصحيح المساقاة والقراض ، والإجارة ، والمسابقة ، والجعالة : مضمون بالمسمى ، وفاسدها بأجرة المثل والوطء في النكاح الصحيح : مضمون بالمسمى ، وفي الفاسد : بمهر المثل .." (١)

"ما يجوز فيه الاستبدال ، وما لا يجوز .

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا ، وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم قال الإسنوي : وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك .

قال : وفي الدين الثابت بالحوالة : نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا ، ويحتمل أن ينظر إلى أصله ، وهو المحال به فيعطى حكمه .

وحيث جاز الاستبدال ، جاز عن المؤجل حالا ، لا عكسه .

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا ، شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره ، شرط تعيينه في المجلس لا في العقد ولا قبضه .

قال في المطلب : وعلى هذا فقولهم ، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض ، محمول على ما بعد اللزوم .

أما قبله : فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط .

قال الإسنوي : وهذا الذي قاله جيد ، وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس .." (٢)

" الثمن الى الموكل وأنكر وهذه الصورة مؤاخية لهذه الحادثة والله أعلم

٢٢٦ - مسألة من حوران العادة أن يأخذ أحدهم من صاحبه ثوره يضمه إلى ثور نفسه يحرث عليهما يوما ويأخذ الآخر يوما آخر ثور هذا لمثل ذلك فورد ما صورته رجل أخذ من رجل رأس بقر ليحرث

---

(١) الأشباه والنظائر (مشكول غير موافق)، ٢/٣٣

(٢) الأشباه والنظائر (مشكول غير موافق)، ٢/١٢٤

عليه بشرط أن يعطيه الآخر رأس بقر ليحرث عليه مثل ما حرث على الذي له فهلك الرأس الأول قبل رده إلى مالكه فهل يجب **الضمان** أم لا

أجاب رضي الله عنه لا يثبت في هذا **الضمان** العارية بل حكمه حكم الأجارة الفاسدة وحكمها الأمانة وعند هذا فلا ضمان عليه إن تلف بغير تفريط وعليه **الضمان** إن تلف بتفريط أو لم يتلف بتفريط لكن فرط قبل تلفه تفريطا دخل به في ضمانه ثم لم يبرأ من ضمانه حتى تلف والله أعلم

٢٢٧ – مسألة رجل استأجر مكانا وسلم أجرته إلى **الآجر** ثم أقر أنه لا حق له عند الآخر إقرارا نافيا لكل حق على الإطلاق ثم بان فساد تلك الاجارة فهل له الرجوع بتلك **الأجرة** التي أقبضها إياه

أجاب رضي الله عنه له الرجوع لأن الإقرار المذكور بناه على الظاهر من الصحة الذي انكشف خلافه فكأنه تجدد له بعد الإقرار حق بسبب متجدد وهذا أوضح مما جاء منقولا في نحوه مثل ما هو محفوظ في أن المشتري إذا أقر بأن ما اشتراه ملك للبائع ثم قامت البينة بكونه مستحقا فرجع المقر عن إقراره وأراد الرجوع على البائع بالثمن فالذي قطع به كثيرون أو الأكثرون والقفال منهم وهو الصحيح قال الإمام في الدعاوى وإليه ميل المفتين أن له ذلك لأنه بنى إقراره على ظاهر الحال وقد انكشف بالبينة خلافه فكأنه أخبر عن الواقع وهو ثبوت الملك حكما وظاهرا فإذا زال ذلك زال إقراره وأنه لم يقر بسواه وهذا إذا كان إقراره في ." (١)

" ضمن محكامة المستحق على ما أشعر به كلام الغزالي في الدعاوى من الوسيط فإن تقدم الإقرار ثم جرت الخصومة فكذلك العلة المذكورة وفي نهاية المطلب في **الضمان** بيان هذا

غير أن هذا مطرد في الإقرار على نفسه الذي يستعقب شيئا يثبت بسببه وللمقر له على المقر كما إذا أقر لغيره بدين أو عين ثم رجع وقال بنيته على حال انكشف أما لأنه يلزم منه إبطاله حقا أثبته لغيره وأما لأنه لا بينة تقوم بخلاف ذلك لأنه لا يتمكن هو من إقامتها لما فيه من تكذيب قوله السابق بخلاف مسألة الاستحقاق فإن البينة فيها يقيمها غيره

ثم وجدت الغزالي رحمه الله قد أتى في الوسيط بضابط لم أره لشيخه في النهاية وأراه المعتمد فيما ذكرته فذكر أن الرجوع يقبل على ذلك المذهب المختار عن كل إقرار يستند إلى الظن ولا يتصور في العادة إسناده إلى القطع أما ما يتصور إسناده إلى اليقين فلا يقبل فيه الرجوع ولا يلتفت إلى قوله بنيته على ظن

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٣٣٧/١

انكشف بالحجة يعد أنه باطل بل إن أراد التحليف بعد ذكره عذرا محتملا فهذا فيه الخلاف المعروف في الإقرار بالقبض في الرهن ثم لا بد من ذكره مستند رجوعه في قبوله دعواه بذلك والله أعلم

٢٢٨ – مسألة رجل استأجر مكانا معلوما موصوفا مدة معلومة بأجرة مسماة وأبرأ المؤجر المستأجر من **الأجرة** المذكورة براءة اسقاط لا براءة قبض ثم تقايلا عقد الإيجار وتلفظا بالتقايل وتشاهدا عليه وبعد ذلك طلب المستأجر من المؤجر **الأجرة** المسماة وقال قد تقايلنا في ." (١)

" المكان وأنت أبرأتني من **الأجرة** وأنا ما أبرأتك بل أطالبك **بالأجرة** التي وقع العقد عليها وأبرأتني منها ولم يكن المؤجر قبض من المستأجر شيئا فهل يلزم المؤجر في هذه الصورة شيء أم لا

أجاب رضي الله عنه لا يلزمه من ذلك شيء ومطالبته بذلك عجب والله أعلم

٢٢٩ – مسألة رجل ضمن بستانا من رجل فيه أشجار مختلفة الثمار ولم يكن له في أرض زريعة وانقطع الماء فيبست الأشجار وتلفت الثمار ونهب ما سلم ولم يستغل الضامن من هذا الموضوع المذكور شيئا فهل يلزمه **الضمان** لرب الملك مع أنه لم يأخذ منه شيئا وكان المكان معه عقدا فقطع بعض الشجر فهل ينفسخ العقد بقطع بعض الشجر أم لا

أجاب رضي الله عنه لا يسقط عنه **الأجرة** ولا شيء منها بمجرد ما ذكر وإذا لم يكن قد فسخ في حالة انقطاع الماء فلا تنفسخ الإجارة لما ذكر من تجرده والله أعلم

٢٣٠ – مسألة في امرأة تبصر بالشعير ورجل يضرب بالرمل ويطلع قولهما حق وآخر يبصر بالحصى ويطلع قوله حق هل يجوز ذلك أو يحرم أم لا

أجاب رضي الله عنه لا يجوز هذا من الفاعل والمفعول والله أعلم ." (٢)

" أصبحوا وجدوه قد افترسه السبع فهل على الطارد المنفر ضمانه

أجاب رضي الله عنه نعم فإن كان السبع مختارا بحيث يحال عليه مثل هذا الإتلاف حتى لا يجب عند صاحب الشامل والتهذيب والأكثرين فيما علمنا **الضمان** فيما لو شد يديه ورجليه وطرحه في أرض واسعة مسبعة وافترسه السبع ترجيحا لمباشرته السبع على سببه لكن وهذا وأشباهه لا يقدح في التضمين فيما نحن بصدده لان الب ٣ غل المذكور مال بثبت اليد عليه والنقل والطريق في إثبات اليد على الدابة والسوق نقل فيها والطرد والتنفير من قبيل ذلك فيصير كما لو كان المشدود المطروح في مسبعة عبدا فإن

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٣٣٨/١

(٢) أدب المفتي والمستفتي، ٣٣٩/١

ضمانه يجب لا محالة لكونه يكون غاصبا حصل تلف المغصوب في يده باتلاف أجنبي أو حيوان ثم إن صاحب المهذب قد ذهب من غير خلاف ذكره في مسألة المشدود إلي أن **الضمان** يجب دية مغلظة أن كان المكان مسبعة ومخففة إن لم يكن مسبعة والله أعلم

٢٤٩ - مسألة رجل استأجر أرضا لها ماء معلوم مدة معينة فانقضت وبقي بعض الأرض مشغولة بزرع المستأجر مدة شهرين فهل لصاحب الأرض مطالبة المستأجر بعوض الماء الذي سقى به وأجرة الأرض كل واحد منهما

أجاب رضي الله عنه يطالبه بأجرة المثل بانتفاعه بأرضه بطريق السقي بمائه ذلك ويجعل الماء في أجرة المثل تبعا اعتبارا بحاله في الأجارة الصحيحة وأجرتها المسماة هذا الذي ظهر والله أعلم

٢٥٠ - مسألة إذا استأجر أرضا بحقها من الماء ونقصت المنفعة فهل له الفسخ وإذا لم يفسخ فهل يلزمه جميع **الأجرة**

أجاب رضي الله عنه له الفسخ ويلزمه **الأجرة** إلى حين الفسخ ." (١)

" باب التفليس

٦٧٨ - مسألة لو كان ماله يفي بديونه ويزيد لا يحجر عليه فلو كان ماله دينا على آخر هل يحجر عليه

قال ينظر إن كان الدين حالا وهو على مليء مقر لا يحجر عليه وإن كان على جاحد فهو كالمعدوم يحجر عليه وكذا إن كان مؤجلا لأن حقوق الغرماء حالة فالدين الموجل لا يفيدهم فائدة

٦٧٩ - مسألة إذا كان للمفلس عبد أو حمار زمن ينفق عليه من ماله ما لم يفرغ من بيع ماله وإذا بيع ماله يترك له نفقة يوم ليلة وكذا لعبده وحماره

٦٨٠ - مسألة المفلس إذا ادعى هلاك ماله وأقام عليه بينة فأراد الغرماء تحليفه ليس لهم ذلك لأن فيه تكذيب البينة وإن كانت البينة شهدت أنه لا مال له حلف لأن فيه تكذيب للشهود لأنه قد يكون له مال باطن لا يعلمون كما لو شهدوا على رجل أنه أقر أنه باع ماله زيد فقال أقررت ولكني ما بعت فيحلفوه على ذلك فإنه يحلف وإذا رأوا في يد المفلس مالا بعد ما ثبت إعساره عن القاضي فقال هذا لفلان وهي في يدي مضاربة أو وديعة فإن ادعاه فلان لنفسه سلم إليه وإن لم يدعه لم يقبل إقرار المفلس ويباع في ديونه وإن صدقه ذلك الرجل وادعاه لنفسه فسلم إليه أو كان غائبا فحضره فادعاه لنفسه فيسلم إليه فلو قال

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٣٥١/١

الغرماء يحلف المفلس أنه صادق في إقراره فهل يحلف المذهب أنه لا يحلف لأنه لا فائدة في تحليفه لأنه لو رجع لم يقبل رجوعه ومنهم من قال يحلف لأنه لو رجع قبل رجوعه وليس بشيء المفلس إذا كان محترفا يباع عليه آلة حرفته في الدين

٦٨١ - مسألة سئل عمن دفع ثوبا إلى حائك ليحيكه فحاكه هل له حبسه لاستيفاء الأجرة ولو حبسه فتلف في يده هل عليه الضمان

قال هذا يبنى على أن عمله أثر أم عين قولان وأجاب على القول ." (١)

" فحفر لا يصير الأرض والموضع ملكا للحافر وهل يستحق الحافر الأرض قال لا يستحق لأنه عمل لنفسه وفيه اختلاف كما لو قال أعمل في هذا المعدن فما استخرجته فهو لك فما استخرجه يكون للمالك وفي استحقاقه الأجر وجهان وأصله أن الأجير إذا صرف الأجرام إلى نفسه لا ينصرف إليه وهل يستحق الأجرة فيه قولان ولو قال ابن بيتا أو أرضا في هذه الأرض حتى أعطيك شيئا ففعل يستحق أجرة المثل فلو مات الآمر واختلف الباني مع وارثه فقال الوارث عملت مجانا وقال بل بالأجرة فالقول قول الوارث مع يمينه كمن دفع ثوبا إلى غسال ثم اختلفا فقال الغسال غسلته بالأجرة وقال رب الثوب بل مجانا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأن الغسال أتلف منفعة نفسه بنفسه ثم يريد الرجوع إلى الغير به فلم يكن له ذلك بخلاف ما لو ركب دابة الغير فقال المالك كان ملكا فقال بل عارية كان القول قول المالك مع يمينه على الأصح لأن الراكب أتلف منفعة دابة الغير ثم يدعي التملك فأوجبنا عليه الضمان

٦٩٣ - مسألة أرض مشتركة بين رجلين فيها أشجار فاقتسموها فوقعت شجرة في نصيب أحد الشريكين وأغصانها خارجة إلى هواء طريق الشارع لا بأس إذا كان لا يضر المارة فأما إذا كانت أغصانها خارجة إلى هواء نصيب الآخر له تكليفها نقل الأغصان فإن لم يفعل قطعها كما لو انتشرت أغصان الشجرة القديمة إلى هواء الجار

٦٩٤ - مسألة موضع جدار مشترك بين رجلين بنياه جدارا ثم ثبت أنه كان ملكا لأحدهما فهل لمن ثبت له الملك تخريبه لما فيه من تراب صاحبه قال له ذلك بخلاف ما لو بنى في ملك الغير بإذنه ليس له تخريبه مجانا إما أن يتملك بالقيمة وإما أن يقر بالأجرة وإما أن يهدم ويغرم النقصان لأن في تخريبه إضرارا بالباني وأضاع ماليته بعد ما فعل بإذنه وها هنا البناء لم يكن بإذن المالك على أنه ملكه ولا حق له

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٢/٥٨٩

إلا في التراب وترابه لا يضيع فهو كمن اشترى أرضا فبنى فيها ثم طهرتا مستحقة للمستحق هدمه مجانا ." (١)

" باب الشركة

عقد عقد الشركة على أن ينيب أحد الشريكين نائبا في التصرف فاسد

٧٠٩ - مسألة بيع بزر دود القز لا يجوز فلو أن رجلين اشتركا في دود القز ومن أحدهما العمل ومن الآخر الورق فالفيلج بينهما وعلى صاحب الورق نصف أجر مثل عمل الآخر وعلى الآخر نصف قيمة ورق صاحب الورق فلو كان البزر من واحد فأباح للآخر نصفه بالإباحة لا يضير الفيلج للآخر لأن الإباحة لا يوجب الملك فالفيلج كله لصاحب البزر وعليه لصاحب الورق قيمة الورق فلو كان صاحب الورق يقطع الأوراق ويحملها إلى دار صاحب البزر فلا يستحق أجرة القطع لأن صاحب البزر إنما يصير ضامنا للورق إذا قبض فقطع صاحب الورق والحمل يصرف في ملك نفسه لا يستحق به شيئا على الغير

٧١٠ - مسألة إذا أذن أحد الشريكين للآخر في التصرف في جميع المال وهو لا يتصرف إلا في نصيبه فهل لمن يتصرف في الكل أن يرجع بأجرة بعض عمله قال لا لأن تفاوت الشريكين في العمل في الشركة الصحيحة لا يوجب الرجوع **بالأجرة**

٧١١ - مسألة إذا دفع شاة إلى إنسان فقال اذبحه وسلم إلي شحما واللحم مبيع منك كل من بكذا فأخذ فهلكت الشاة في يده قال لا ضمان عليه لأنه دفع الشاة إليه للذبح ولم يبع منه وإنما شرط له اللحم منا بعد الذبح وقد هلكت قبله كما لو دفع شيئا إلى إنسان أمانة وقال إذا مضى شهر فهو مبيع منك فقبل مضي الشهر تكون أمانة في يده إذا هلك لا يلزمه **الضمان**

باب الوكالة

إذا وكل عبد رجلا ليشتري نفسه من سيده ففعل عتق العبد والثمن على العبد فلو خالف العبد أو اشتراه بأكثر قال يقع العقد للوكيل وعليه الثمن ." (٢)

" حشيشا ليتخذ مظلة للمسجد لينتفع به الناس أو الطوب والخشب ليبني جدارا حتى لا يتلف أرض المسجد يجوز ويكون عارية وله أن يرجع متى شاء وإذا تلف ضمانه على المتولي لأنه المسبب وإن كان منفعة المظلة يعود إلى الناس كمن أخذ مروحة عارية ليروح بها الناس فتلف يكون **الضمان** على الآخذ

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٢/٥٩٢

(٢) أدب المفتي والمستفتي، ٢/٥٩٧

٧٥٢ – مسألة رجل أعار من إنسان التراب **والآجر** واللبن ليبني بناء قال أما إعارة التراب للبناء لا يصح لأنه لا يمكن البناء إلا بالطين ويتغير به عن هيأته وحد العارية أن يدفع شيئا إلى غيره لينتفع به على هيئته من غير أن يغيره أما ما ينتقص بالاستعمال ويغير به فلا بأس أما المتغير فلا يجوز له أن يغيره بصنعته عن هيئته وإعارة الدراهم لا يجوز على الأصح لأن الانتفاع به على هيئته لا يمكن وعلى الوجه الآخر يجوز لأنه يتصور الانتفاع به على هيئته بأن يزين به ذكائه أو يضرب على طبعه أما **الآجر** واللبن نظر أعاره ليبني بناء لا يمكنه النزع من البناء سليما كما لو دفع لا يجوز لأن حد العارية أن يدفع شيئا يمكنه أن ينتفع به ويرده كما أخذ وإن دفع ليبني جدارا وأخذ **الأجرة** ولا يغرم أرش النقصان لأنه أخذ ملك نفسه

٧٥٣ – مسألة إذا استعار آجرا ولوحا ليبني فيضمن المعير أرش النقصان ولو استعار لبنا أو آجرا أو خشبا ليبني بنفسه في أرضه بيتا أو جدارا ففعل ثم رجع المعير له أن يسترد إليه وينقص بناؤه ولا شيء عليه لأنه أخذ عين ماله من غير أن أدخل نقصانا على المستعير في ماله ومؤونة عمله لا يعتبر لأنه كان يعمل لنفسه إلا أن يكون المعير قد أدخل فيه شيئا من آلة نفسه فانتقض تلك الآلة بنقص المعير ذلك النقصان ولو انتقص من آلات المعير شيء بالإدخال في البناء لا يضمن المستعير لأن العارية إذا انتقض بالاستعمال فيما أذن فيه لا تكون مضمونة على المستعير

٧٥٤ – مسألة رجل له في ذمة آخر دين فمات الذي له وخلف وارثا ولم يرد الدين إلى وارث الميت حتى مات الوارث ولم يخلف الوارث أو لم ." (١)

" ثم يتعلق حقه برقبة العبد

٨٢٦ – مسألة لو أن رجلا قال لرجل استأجرتك بمائة درهم استأجرني من فلان هل يستحق **الأجرة** قال إن احتاج في استئجاره من فلان إلى تردد وتقلب يقع في مقابلته أجرة يستحق المسمى والا فلا

٨٢٧ – مسألة دفع الحنطة إلى رجل ليطحن ففعل ليس له حبسه لاستيفاء **الأجرة** إذا فعله أثر وإن فعل ضمن فإن كان صاحب الطاحونة اعتمد على رجل في حفظ ما في الطاحونة فلم يحفظ على العادة حتى سرق هذا الطحين رجع صاحب الحنطة على صاحب الطاحونة وهو على الأجير

٨٢٨ – مسألة دفع الحنطة إلى طحان وغاب الطحان وذهب إلى بيته وترك أجيره في الطاحونة فسرق الحنطة من الطاحونة تلك الليلة هل يجب **الضمان** قال إن كان الأجير أمينا لا ضمان على الطحان

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٦٠٧/٢

٨٢٩ – مسألة لو دفع رجل عينا إلى فتى يصلحه فوضعه في دكانه فسرق من دكانه وكان دكانه متصلا بخان لا يسكنه أحد هل يضمن قال إن كان باب الخان مغلقا ووراء الخان دور ما هو لا يكون حرزا ويضمن بوضعه فيه

٨٣٠ – مسألة دفع دابة إلى رجل ليحفظها مع سائر الدواب وله شريك معه لحفظ الدواب فعضب الدابة من شريكه أو أغير عليها قال لا يضمن إن كان الشريك أمينا لم يضع لأن العادة جارية هكذا أن يلازمها واحد إنما يحفظها عددا إذا غاب واحد أناب عنه الآخر

٨٣١ – مسألة لو سكن مدة دار إنسان بإذن المالك ولم يشترط المالك أجرة ولا ذكرها ثم أراد المالك أن يطالبه بأجر مثل الدار تلك المدة قال ليس له ذلك ." (١)

"ص –١٦٨–...لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله "ورود العقد عليها لتحقق الحاجة" أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما على خلاف القياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه. ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب الضمان انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود "ولم ينحصر دفعها" أي حاجة دفع العدوان "في التضمين بل الضرب والحبس أدفع" للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا. كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان يبنى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا

---

(١) أدب المفتي والمستفتي، ٦٢٧/٢

عن المحيط الصحيح لزوم **الأجران** معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع." (١)

"ص –٢٢٠–...شيء فكذا الصبي في هذا المعنى فكانت نفعا محضا في حقه بخلاف ما كان ماليا منها كالزكاة لا يصح منه؛ لأن فيه ضررا به في العاجل بنقصان ماله.

"والرابع" أي ما هو حق للعبد وهو نفع محض "كقبول الهبة والصدقة تصح مباشرته منه بلا إذن وليه؛ لأنه نفع محض ولذا" أي ولصحة مباشرته ما فيه نفع محض "وجبت أجرته" أي الصبي المحجور بغير إذن وليه "إذا آجر نفسه وعمل مع بطلان العقد؛ لأنه" أي بطلان عقده بغير إذن وليه "ولحقه" أي الصبي وهو "أن يلحقه ضرر"؛ لأنه عقد معاوضة متردد بين الضر والنفع فلا يملكه بدون إذن الولي. "فإذا عمل بقي **الأجر** نفعا محضا" وهو غير محجور فيه "فيجب بلا اشتراط سلامته" من العمل حتى لو هلك في العمل له **الأجر** بقدر ما أقام من العمل؛ لأن الحر لا يملك **بالضمان** "بخلاف العبد" المحجور "آجر نفسه" بغير إذن مولاه "تجب" **الأجرة** "بشرطها" أي السلامة من العمل "فلو هلك ضمن" المستأجر "قيمته من يوم الغصب فيملكه فلا تجب أجرته"؛ لأنهما لا يجتمعان "وصحت وكالتهما" أي قبول الصبي والعبد توكيل غيرهما لهما بغير إذن وليهما "بلا عهدة" ترجع إليهما من لزوم الأحكام المتعلقة بالعقد الذي باشره كتسليم المبيع والثمن والخصومة في العيب "لأنه" أي قبولهما الوكالة بلا عهدة "نفع" محض لهما "إذ يكتسب بذلك إحسان التصرف، وجهة الضرر وهي لزوم العهدة منتفية فتمحض نفعا وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦]" أي اختبروا عقولهم وتعرفوا أحوالهم بالتصرف قبل البلوغ حتى إذا تبينتم منهم هداية دفعتم إليهم أموالهم بلا تأخير عن حد البلوغ "ولذا" أي ولصحة مباشرتهما ما فيه نفع محض "استحقا الرضخ" أي ما دون السهم من الغنيمة "إذا قاتلا بلا إذن" من الولي والمولى والقياس لا شيء لهما؛ لأنهما ليسا من أهل القتال وإنما يصيران من أهله بالإذن كالحربي المستأمن، وجه الاستحسان أنهما غير محجورين عن محض المنفعة واستحقاق الرضخ بعد." (٢)

"والإعلام بالعبارة يصح بالإجماع فكذا بالإشارة فعملا بالقياس وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافه ، فإن أبا حنيفة رحمه الله شرط الإعلام فيما ذكرنا لجواز السلم وقال : بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في الحامل أنها تطلق ثلاثا للسنة قياسا على

---

(١) التقرير والتحبير، ٣/٣٥٠

(٢) التقرير والتحبير، ٣/٤٦١

الآيسة والصغيرة ؛ لأن الحيض في حقها غير مرجو إلى زمان وضع الحمل كما هو غير مرجو في حق الصغيرة إلى زمان البلوغ فيجوز أن يقام الشهر في حقها مقام الطهر أو الطهر والحيض في كونه زمان تجدد آخر عنه بخلاف ممتدة الطهر ؛ لأن الحيض في حقها مرجو ساعة فساعة فلا يجوز إقامة الشهر في حقها مقام تجدد آخر عنه فعملا بالقياس ، وقال محمد : رحمه الله لا تطلق للسنة إلا واحدة بلغنا ذلك عن جابر وابن مسعود والحسن البصري رضي الله عنهم وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك وهو الذي لا يستحق **الأجر** إلا بالعمل كالصباغ والقصار إنه ضامن لما ضاع في يده إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها ، فأما إذا لم يكن الاحتراز عنه كالغرق الغالب والحرق الغالب والغارة العامة فلا ضمان فيه بالاتفاق وروينا ذلك أي وجوب **الضمان** عن علي رضي الله عنه ،." (١)

"والإعلام بالعبارة يصح بالإجماع فكذا بالإشارة فعملا بالقياس وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافه ، فإن أبا حنيفة رحمه الله شرط الإعلام فيما ذكرنا لجواز السلم وقال : بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في الحامل أنها تطلق ثلاثا للسنة قياسا على الآيسة والصغيرة ؛ لأن الحيض في حقها غير مرجو إلى زمان وضع الحمل كما هو غير مرجو في حق الصغيرة إلى زمان البلوغ فيجوز أن يقام الشهر في حقها مقام الطهر أو الطهر والحيض في كونه زمان تجدد آخر عنه بخلاف ممتدة الطهر ؛ لأن الحيض في حقها مرجو ساعة فساعة فلا يجوز إقامة الشهر في حقها مقام تجدد آخر عنه فعملا بالقياس ، وقال محمد : رحمه الله لا تطلق للسنة إلا واحدة بلغنا ذلك عن جابر وابن مسعود والحسن البصري رضي الله عنهم وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك وهو الذي لا يستحق **الأجر** إلا بالعمل كالصباغ والقصار إنه ضامن لما ضاع في يده إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها ، فأما إذا لم يكن الاحتراز عنه كالغرق الغالب والحرق الغالب والغارة العامة فلا ضمان فيه بالاتفاق وروينا ذلك أي وجوب **الضمان** عن علي رضي الله عنه ،." (٢)

"١٦- إذا اختلفا في جنس المبيع أو صفته قبل قول البائع.

١٧- كل من أتلف مالا لغيره ضمنه.

١٨- القول: في قيمة التالف قول الغارم إذا قبض العين لحظ نفسه.

١٩- قابض العين لغيره يقبل قوله في جميع ما ادعاه.

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٠٦/١

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٥٣/١

٢٠- لا يقبل عدم التفريط إلا ببينة.

٢١- إذا تلفت العين المقبوضة بحادث كلف القابض ببينة على الحادث.

٢٢- يقبل في الرد والعيب والأجل والشرط قول من ينفيه.

٢٣- إذا شرط في العارية عدم **الضمان** لم ينتف **الضمان**.

٢٤- كل عمل مما يراد به وجه الله لا يجوز أخذ **الأجرة** عليه.

٢٥- الدين إذا كان عرضة للفسخ وليس بمستقر في الذمة فلا يصح بيعه ولا وقفه ولا رهنه ولا الكفالة به.

٢٦- جميع تصرفات الغاصب الحكمية باطلة.

٢٧- يصح تصرف المحجور عليه للغرماء في ذمته.

٢٨- لا يصح تصرف المحجور عليه سواء أكان لحظ نفسه أم للغرماء.

٢٩- لا يجوز للواهب الرجوع في الهبة اللازمة إلا الأب.

٣٠- لا يملك الابن مطالبة أبيه بالديون حتى القروض.

٣١- لا يبرأ الضامن إلا ببراءة المضمون.

٣٢- المحيل يبرأ بالحوالة إذا كملت شروطها.

٣٣- الوكيل أمين ويقبل قوله في التلف وعدم التفريط.

٣٤- من وكل إنسانا في وفاء دينه ضمن الوكيل إن لم يشهد وأنكر رب الدين.

٣٥- تثبت الشفعة في كل عين تجب قسمتها.

٣٦- إذا عزل الوكيل انعزل علم أو لم يعلمه.

٣٧- الوكيل لا يوكل فيما وكل فيها إلا أن يجعل ذلك إليه وكذا الوصي.

٣٨- الوكيل في توزيع المال لا يجوز له أن يأكل منه إلا بإذن حتى ولو كان فقيرا.

٣٩- كل حالين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما في الآخر.

٤٠- الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين فلا تبدل.

فرع:

وفيه مسائل:

أ- العارية مضمونة إلا في أربعة صور:

١- إذا كانت كتبا موقوفة.

٢- إذا أركب دابته منقطعا طلبا للثواب.

٣- إذا تلفت فيما استعيرت له.

٤- إذا أعارها المستأجر.

ب- الأيدي المترتبة على يد الغاصب عشر وكلها أيدي ضمان:

الأولى: القابضة تملك بعوض، وهي يد المشتري.." (١)

"وقال "شمس الأئمة السرخسي": إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته/( )، ومن ادعى

....

تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة لأن الأصل متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل/( ) في هذه الحالة يجب عليه **الضمان**، فلا يصدق في الإسناد إلى حالة منافية إلا بحجة والصحيح هو الأول، وهو اختيار فخر الإسلام "علي البزدوي"( ) و"الصدر الشهيد" وله نظائر/( ).

قلت: ومما خرج عن القاعدة وهو أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، ما في «جامع الفصولين»( ): ((هلك المستأجر على حفظه، فقال الأجير: هلك بعد تمام السنة فعليك أجر السنة، وقال المستأجر هلك بعد شهر واحد، فالقول للمستأجر، لأنه ينكر وجوب **الأجر** عليه فهذه قد خرجت عن قاعدة الأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات، فينبغي أن يصدق الأجير، يقال الأصل المذكور ظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، وغرض الأجير أخذ **الأجر** فلا يصلح له)) كذا ذكره [الغزي]( ) ، وقوله: هلك المستأجر على حفظه بفتح

١٥٦= وكذلك إذا زعم المأخوذ منه أنه دفع له قبل تقليد القضاء.

الجيم، يعني استأجر شخصا( ) لحفظ دابة مثلا كل شهر بكذا، فهلكت الدابة بعد مضي مدة فاختلفا في قدرها.

قوله: فالصحيح أن القول للقاضي. أقول/( ): فصل في «خزانة الأكمل»: بينما إذا كان المدفوع قائما( )

---

(١) التحفة السنية في الفوائد والقواعد الفقهية، ص/١٨

أو هالكا ففي صورة ما إذا كان هالكا القول للقاضي، وإذا كان قائما يرد إلى المقضي عليه في قولهم جميعا. "بيري"." (١)

"(٢) خرج عنه ما في جامع الفصولين هلك المستأجر على حفظه فقال الأجير هلك بعد تمام السنة وقال المستأجر بعد شهر فالقول للمستأجر وإنما يضاف إلى أقرب الأوقات حتى يصدق الأجير لأن الأصل المذكور ظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وغرض الأجير أخذ **الأجرة** قوله وكذا الوكيل أي خرج عن الأصل على أحد التقريرين لا أنه إذا كان المبيع قائما وكان القول قول الموكل لم يخرج حينئذ عن الأصل وإنما يخرج عنه إذا كان مستهلكا ثم المراد بقول الموكل بعد العزل أي بعد العلم بالعزل لأن تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم نافذ انتهى قوله كان القول للوكيل إلخ لإنكاره **الضمان** في المستهلك وادعائه خروج الملك في القائم عن الموكل ومثله الغلة المستهلكة والقائمة قوله وكذا في مسألة الغلة إلخ يعني أن السيد ادعى أن الغلة اكتسبها وهو عبد وقال المعتق اكتسبتها وأنا معتق فالقول قوله لأنها قائمة في يده قوله لا يصدق في الغلة القائمة أي السيد فيكون الحاصل أن الخروج عن الأصل بسبب كون القول للسيد محله ما إذا كانت الغلة هالكة وإلا كان على الأصل فهو تقييد للإطلاق السابق ﷺ." (٣)

"(٤) قوله كتاب اللقيط إلخ قال بعض الفضلاء العجب من المصنف رحمه الله قد ترجم الأربعة ولم يذكر شيئا من أحكام اللقيط والمفقود ولعله لم يبيض الكتاب ولم يتيسر له الانتخاب قوله يجعل الجعل لراد الآبق يعني إذا رد الآبق من مسيرة السفر فصاعدا وكان عند الأخذ قد أشهد عليه أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لا لنفسه فقد وجب الجعل أربعين درهما والجعل ما يجعل للعامل على عمله وإن رده لأقل من مدة السفر فله من الجعل بحساب ذلك شرط ذلك على مولاه أو لم يشترط وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجعل للراد من غير شرط على المولى وهو القياس والإشهاد عند الأخذ قولهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الجعل إذا لم يشهدوا في وجوب **الضمان** إذا هلك ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي وفي الخانية هذا الخلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه أما إذا لم يمكنه عند الدفع أو خاف أنه لو أشهد يأخذه منه الظالم فترك الإشهاد لا يضمن بالإجماع كذا

---

(١) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ٧٩/١

(٢) ٢٢١

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٢١/١

(٤) ٢٠٨

في المنبع شرح المجمع قوله إلا إذا رده من في عيال السيد اعلم أن شرط استحقاق الراد الجعل أن لا يكون الراد في عيال المالك إذ لو كان الراد في عياله لا جعل له وارثا كان أو أجنبيا وإن لم يكن في عياله له الجعل وارثا كان أو أجنبيا إلا الولد وأحد الزوجين فإنه لا يستحق الجعل برد الآبق وإن لم يكن في عياله لأن الرد من الولد يجري مجرى الخدمة لأبيه والولد لا يستحق **الأجرة** بالخدمة لأبيه لأنها مستحقة عليه ولهذا لو استأجر ولده ليخدمه لا يستحق **الأجرة** بخلاف الأب وكذا أحد الزوجين إذا رد الآبق فقد رد عبد نفسه لجريان الانتفاع بينهما عادة ولهذا لا تقبل شهادة كل ﷺ." (١)

"(٢) أجيرا بما لا يتغابن فيه فعمل الأجير وانقضت المدة كانت الزيادة باطلة ولو أن القاضي أو أمير العسكر قال استأجرته وأنا أعلم أنه ما ينبغي لي أن أفعل كان جميع **الأجر** في ماله كالقاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضي له وإن تعمد الجور كان ذلك عليه قوله الذرع وصف في المذروع إلخ يعني فيلغو في الحاضر بخلاف الكيل فإنه أصل لأن الصبرة تحل في الكيل فيصير كل قفيز منها أصلا لنفسه كأنه بيع بمفرده بخلاف المذروع لأن الذارع هو الذي يحل المذروع ويبين قدره فلا يكون كل ذراع أصلا بنفسه وإنما هو وصف للثبوت مثلا قوله إلا في الدعوى والشهادة إلخ فإنهما إذا شهدا بوصف فظهر خلافه لا يقبل ولو ادعى حديدا مشارا إليه وذكر أنه عشرة أمناء فإذا هو عشرون أو ثمانية تقبل الدعوى والشهادة كذا في البزازية فليراجع قوله المقبوض على سوم الشراء إلخ أطلق **الضمان** وهو مقيد بما إذا سمى الثمن كما سيأتي أواخر هذا الكتاب على ما عليه الفتوى لكن قال الطرسوسي إنه لا بد من ذكر الثمن من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده وقد فرق المصنف في شرح الكنز عن المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على وجه النظر وقال إن ما نقله الطرسوسي عن القنية إنما هو حكم الأخذ على وجه النظر وما أخذ على وجه النظر أمانة وإن المقبوض على سوم الشراء بعد بيان الثمن مضمون ولو كان ذلك من جانب البائع وحده انتهى وتعقبه بعض معاصريه من مشايخنا بأن ما ذكره الطرسوسي ليس بخطأ بل لم يدر مراده فحمله على الخطأ وذلك أنه أراد أنه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما أما الأول فظاهر وأما الثاني فبأن يسمي أحدهما ويصدر من ﷺ." (٣)

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٠٨/٢

(٢) ٢٧٢

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٧٢/٢

"[1] انتهى ولم يذكر المصنف رحمه الله حكم ما لو باعه واشتراه الفضولي من نفسه وهي معروفة إذ قد تقرر أن الواحد لا يتولى الطرفين في البيع إلا الأب قال بعض الفضلاء وزدت مسألتين على ما ذكره المصنف الأولى بيع الفضولي مال الصغير الثانية بيع الفضولي مال المجنون وهما في الحاوي القدسي قوله بيع المعدوم باطل إلا فيما يستجره إلخ قيل عليه هذا بيع معدوم صورة وفي الحقيقة تضمين ما أتلفه بغير عقد شرعي انتهى وقال بعض الفضلاء ليس هذا بيع معدوم إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهيلا للأمر ودفعا للحرج كما هو العادة انتهى وفيه أن **الضمان** بالإذن مما لا يعرف في كلام الفقهاء وفي النهر جعله من قبيل البيع بالتعاطي قوله من باع أو اشترى أي لنفسه قوله ملك الإقالة إلا في مسائل يزاد عليها مسألتان ذكرهما المصنف رحمه الله في كتاب الوقف الأولى إذا كان العاقد ناظرا قبله الثانية إذا كان الناظر تعجل **الأجرة** ﷺ." [2]

"[3] ثم أجرها إجارة صحيحة والذي قدمه المصنف هو الراجح قال في المضمرات استأجر دارا إجارة فاسدة وقبضها ثم أجرها من غيره إجارة صحيحة جاز هو الصحيح وللأول أن ينقض **الإجارة** الثانية ويأخذ الدار لأنه لو باع بيعا فاسدا ثم المشتري أجره فله أن ينقض **الإجارة** فكذا هذا بخلاف البيع لأن **الإجارة** تفسخ بالأعذار والبيع لا انتهى ومثله في البزازية والعمادية والخلاصة قوله ويضمنها قيل يشكل على تصريحهم بأن العين في يد المستأجر أمانة وإن كانت **الإجارة** فاسدة انتهى يعني لأن فساد العقود ملحق بصحيحها إذا اتصل به القبض أقول المراد بالفساد في كلام المصنف البطلان لأن **الإجارة** هنا وقعت على استهلاك العين وإنما وجب **الضمان** لأن **الإجارة** لما لم تصادف محلها لأن محلها المنفعة لا العين بقي مجرد الإذن بالانتفاع من حيث التصرف ليرد عليه مثله وهذا تفسير القرض فيصير قرضا كما في الولوالجية وحينئذ لا يرد ما قيل قوله ولو ليزين بها جازت إن وقت أقول وبين **الأجر** كما في الولوالجية قوله ولا تجوز إجارة الشجر والكلام إلخ لأنها عقدت على استحقاق العين كما في الولوالجية قوله وكذا ألبان الغنم وصوفها يعني لو استأجر غنما على أن يكون له ألبانها وصوفها ﷺ." [4]

---

(١) ٢٨٥

(٢) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢/٢٨٥

(٣) ١٢٣

(٤) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٣/١٢٣

"[1] قوله أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي يعني إذا سلم الرجل ثوبا إلى القصار بأجر مسمى فدفعه إلى أجيره فدقه فتخرق **فالضمان** على القصار دون الأجير لأن أجير القصار أجير واحد لأنه يستحق **الأجر** بتسليم نفسه في المدة وأجير الواحد لا يضمن ما جنت يده إلا أن يخالف وإنما كان **الضمان** على القصار لأن عمل الأجير منقول إليه لأنه عمل بإذنه كذا في الولوالجية قوله والقصار على الاختلاف في المشترك أي على الاختلاف الواقع بين الإمام وصاحبيه في زمان الأجير المشترك وعدمه فعند الإمام لا يضمن العين إذا هلكت في يده وقالا يضمن إلا بشيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل بدونه فإذا هلك بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمن كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب وللإمام أن العين في يده أمانة لأن ارقبض حصل بالإذن والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقبله شيء من **الأجر** بخلاف الوديعة **بالأجر** لأن الحفظ مستحق فيها مقصودا **بالأجر** كذا في الهداية واعلم أنه يجب عليه **الضمان** فيما تلف بفعله عند علمائنا الثلاثة كما إذا تخرق الثوب من دق القصار قوله ومحله عند عدم اشتراط **الضمان** عليه أقول هذا قول والراجح المفتى به أنه لا أثر لاشتراط **الضمان** فلا ضمان على الأجير المشترك فيما تلف إلا بصنعه في قول الإمام شرط عليه **الضمان** أو لا وعليه الفتوى كما في الخلاصة قوله فيضمن اتفاقا قال المقري ما ذكره المصنف قول مرجوح والراجح المفتى به عدم **الضمان** مراده بالاتفاق الاتفاق بين الإمام وصاحبيه وإلا ففي فصول العمادية وغيره في الثاني والثلاثين بعد نقل هذا الكلام وقال الفقيه أبو جعفر الشرط وغير الشرط سواء لأن اشتراط **الضمان** على الأمين باطل وبه نأخذ ﷺ." [2]

"[3] قوله والمودع يعني تبرأ بالعود إلى الوفاق وذلك لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات فإذا خالف في البعض ثم رجع عاد إلى الحفظ فصار كما لو استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق **الأجر** بقدره وإطلاق المصنف مقيد بأن لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن **الضمان** كما في البحر عن الظهيرية ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفي بمجرد دعواه العود وإن لم يصدق صاحب الوديعة وهو مذكور في العمادية وعبارتها ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لا يصدق إلا ببينة فالحاصل أن

---

(١) ١٣٣

(٢) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ١٣٣/٣

(٣) ١٥٠

المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن **الضمان** إذا صدقه المالك في العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق ورأيت في مواضع أخرى المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالقول قول المودع كما في الرهن بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها ثم اعترف فإنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك قوله ومستعير الرهن أقول كما إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة ليركبها فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضي المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن **الضمان** حين رهنها فإذا كان أمينا خالف فقد عاد إلى الوفاق وإن كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ عن **الضمان** كذا في البحر معزيا إلى المبسوط قوله والمستأجر يؤجر ويعار إلخ أطلقه وهو مقيد بما لا يختلف الناس في الانتفاع به قال البزازي إعارة المستأجر تجوز إلا في شيئين استأجرها ليركبها ﷺ." (١)

"(٢) ذلك بأن لا يكون الناظر معروفا بالجناية كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسائل قاتلهم الله تعالى ما ألعنهم انتهى وقال بعض الفضلاء التقييد بالموقوف عليهم ربما يفيد أنه إذا ادعى دفع ما هو **كالأجرة** مثل معلوم الفراش والمؤذن والبواب وغيرهم من أرباب الجهات لا يقبل قوله إلا ببينة وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود وصورة السؤال هل إذا ادعى المتولي دفع غلة الوقف إلى من يستحقها شرعا يقبل قوله في ذلك أم لا الجواب إن ادعى الدفع إلى من عينه الواقف في الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم **الأجرة** له فإنه لا يقبل قوله انتهى قال بعض الفضلاء وهو تفصيل حسن خصوصا في زماننا قوله إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى إلخ كذا في النسخ والصواب إلا الوكيل بإسقاط أداة الظرفية قيل على ما تحرر أنه يقبل قول الوكيل المذكور في حق نفي **الضمان** عن نفسه لا في حق إيجاب **الضمان** على غيره فلا يحتاج إلى استثناء هذه المسألة من الكلية إلا أن يقال استثناؤها بالاعتبار الثاني وقد وهم في هذه المسألة كثيرون وزلت فيها أقدام وانعكست فيها أفهام وكثر فيما بينهم الخصام فأقول تحرير هذه المسألة أن الوكيل إذا ادعى القبض والدفع لا يخلو إما أن تصدقه الورثة فيهما أو تكذبه فيهما أو تصدقه في القبض وتكذبه في الدفع واعلم أولا أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٣/١٥٠

(٢) ١٥٥

فيجري عليه أحكام المودع وأن من أخبر بشيء يملك استئنافه يقبل قوله وما لا فلا وأن الوكيل ينعزل بموت الموكل وأن من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب **الضمان** على الغير لا وإذا علمت ذلك فاعلم أنه متى ثبت قبض الوكيل من الدين ببينة أو تصديق الورثة له فيه فالقول قوله في الدفع بيمينه لأنه مودع بعد القبض ولو كذبه الورثة في الدفع لأنهم بتصديقهم له في القبض صاروا ﷺ." (١)

"(٢) قوله وفيما إذا استعار أرضا للزراعة إلى قوله وتترك المسألة في الخانية وعبارتها ولو أن رجلا أعار أرضا ليزرعها وقت لذلك وقتا أو لم يوقت فلما تقارب الحصاد أراد أن يرجع المستعير كان له ذلك وفي الاستحسان لا يكون له ذلك حتى يحصد الزرع لأن المستعير لم يكن مبطلا في الزراعة فتترك الأرض في يده إلى الحصاد **بالإجارة** وتصير الإعارة إجارة انتهى ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الإيجاز البالغ حد الإلغاز قوله مؤنة رد العارية على المستعير لأنه قبضها لمنفعة نفسه فيجب عليه ردها وكذا مؤنة رد المغصوب على الغاصب لأنه عامل لنفسه في القبض ومنفعة الرد حاصلة له لبراءته بذلك عن **الضمان** ولا ولاية له على المالك في إيجاب ذلك عليه وكذا مؤنة رد الرهن على الراهن لأن عينه أمانة في يد المرتهن ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن والمضمون عليه إنما هي المالية والرد تصرف في العين لا في المالية ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعا باعتبار قضاء الدين وحصول التوثقة لكن ترجح جانب الراهن بحكم الملك هكذا ذكر في التحرير وذكر في الوجيز أنه على المرتهن ويحتاج إلى التوفيق بين الموضعين وهذا بخلاف المودع والمستأجر حيث تكون مؤنة الرد على المالك أما المودع فلأن منفعة قبضه وهي الحفظ حاصلة للمالك وأما المستأجر فلأن منفعة قبضه وإن كانت حاصلة له صورة فهي حاصلة للمؤجر معنى حيث يتأكد حقه وهو **الأجر** ذلك فعند التعارض يترجح جانب الآخر بوجهين أن حقه في العين وهي **الأجرة** وحق المستأجر في المنفعة واعتبار العين أولى لما عرف والثاني الترجيح بحكم الملك كما إذا ماتت دابة رجل في دار غيره فإن مؤنة إخراجها على المالك مع أن المنفعة تحصل لصاحب الدار بتنزيه داره فإذا اعتبرنا الملك مع عدم حصول المنفعة ثمة فلأن نعتبره مع حصول المنفعة وهي **الأجرة** أولى ومؤنة رد العبد الموصى بخدمته بعد مضي مدة الخدمة لا رواية فيه ويجب أن يكون على الموصى له ﷺ." (٣)

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ١٥٥/٣

(٢) ١٦٢

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ١٦٢/٣

"(١) القنية لم تكن الدار معدة للاستغلال إلا إذا بناها لذلك أو اشتراها له كذا أورده أبو اليسر قوله إلا إذا سكن بتأويل ملك أو عقد أقول مثل السكنى بتأويل ملك وسيأتي التمثيل للسكنى بتأويل عقد بعد نحو سبعة أسطر ويدخل في تأويل الملك ما لو باع المتولي دار الوقف وسكن المشتري ثم عزل القاضي المتولي ونصب غيره فخاصم المشتري إلى القاضي واسترد الدار منه فلا أجر على المشتري والذي صححه في العمدة وجوب **الأجر** عليه وتكون هذه المسألة مستثناة من كلام المؤلف قال الشيخ قاسم في حاشية شرح المجمع نقلا عن المحيط الفتوى في غصب الدار والعقار الموقوفة **الضمان** نظرا للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف **بالضمان** نظرا للوقف وهذا أولى مما صححه في العمدة انتهى وفي الثالث والثلاثين من جامع الفصولين شرى دارا ثم ظهر أنها وقف أو للصغير فعليه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير انتهى وفي البزازية في مسألة اليتيم زيادة وفي القنية سكن دار الوقف سنين يزعم الملك ثم استحقت للوقف بالبينة العادلة لا يجب عليه أجر ما مضى انتهى وهو مبني على تصحيح العمدة وقال في القنية في موضع آخر ادعى القيم منزلا وقفا في يد رجل فجحد فأقام عليه البينة وحكم بالوقفية لا يجب عليه أجر ما مضى فأما إذا أقر وكان متعنتا في الإنكار وجبت **الأجرة** انتهى وفي الاختيار شرح المختار باع المتولي منزل الوقف فسكنه المشتري ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر المثل انتهى وهو مبني على تصحيح المحيط وهو الذي ينبغي اعتماده قوله كبيت سكنه أحد الشريكين في الملك يجب أن يعلم أن الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من توابعها تجعل كالمملوكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال إذ لو لم تجعل كذلك منع كل واحد من الدخول والقعود ووضع الأمتعة فتتعطل عليه منافع ملكه وإنه لا يجوز وإنما جعلناها هكذا صار الحاضر ساكنا في ملك نفسه فكيف يجب كذا في العمادية قال بعض الفضلاء شمل ﷺ." (٢)

"(٣) الحكم مفرع على عدم جواز الراهن البناء بدون الأرض وليس كذلك لما علمت قال في البزازية أجر المرتهن الرهن منها مبني بلا إجازة الراهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند الإمام ومحمد كالغاصب يتصدق بالغلة أو يردها على المالك وإن أجر بأمر الراهن بطل الرهن **والأجر** للراهن انتهى ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الخلل قوله **الآجر** إذا رهن العين إلخ قال بعض الفضلاء ظاهر كلامه أن الإجارة تنفسخ

---

(١) ٢١٦

(٢) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ٣/٢١٦

(٣) ٢٤٣

بمجرد عقد الرهن وليس كذلك بل لا بد من القبض كما في القنية وأما عكسه وهو ما إذا أجر الراهن الرهن من المرتهن فينفسخ بمجرد عقد **الإجارة** ولا يحتاج إلى تجديد قبض كما يفيده صريح كلام البزازية حيث قال استأجر المرتهن الأرض المرهونة بطل بخلاف **الإجارة** انتهى وهو ظاهر لقولهم إن قبض المضمون بغيره وهو الرهن ينوب عن قبض الأمانة والرهن مضمون بغيره والعين المؤجرة أمانة لكن في العمادية إذا استأجر المرتهن المرهون من الراهن يصح ولا يصير مقبوضا بمجرد العقد ما لم يجدد القبض للإجارة حتى لو هلك قبل أن يجدد قبض **الإجارة** يهلك هلاك الرهن انتهى وهذا مشكل لأنه قرر فيها أن قبض المضمون بغيره ينوب عن قبض غير المضمون ولا ينوب عن قبض المضمون والمضمون بغيره الرهن لا يقال في هذا الفرع إشكال من وجه آخر وهو أن الشيء لا يرتفع بما دونه وقد ارتفع بما دونه وهو **الإجارة** لأنا نقول عقد **الإجارة** أقوى من عقد الرهن لأن عقد **الإجارة** لازم من الجانبين وعقد الرهن لازم من أحد الجانبين وإن قلنا إن عقد الرهن أقوى من حيث تعلق **الضمان** بهلاك الرهن دون أمين المؤجرة فنقول بأن عقد الرهن إنما بطل بمباشرة المرتهن عقد الرهن فكان هذا منه فسخا للرهن والرهن ارتفع **بالإجارة** والمرتهن ينفرد بفسخ لأن الرهن دون الراهن حتى لو رده وقال فسخت الرهن ولم يرض الراهن وهلك لا يسقط شيء من الدين كما في القنية وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب قوله أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار فأكلها لم يضمن يعني لعدم تعديه ﷺ." (١)

"(٢) بما إذا ادعى الدفع للموقوف عليهم بأن وقف غلة ضيعته مثلا على أولاده وذريته فقبض الناظر الغلة وادعى تقسيم ذلك عليهم ودفعه لهم أما إذا ادعى دفع وظيفة الإمام أو الخطيب فلا بد من البينة لأنها كأجرة وهو لو ادعى دفع أجرة أجير استأجره للوقف لا تقبل إلا ببينة هكذا يعطيه كلامه على صورة استفتاء رفع إليه وقد قرأته من خطه ولا يخفى ظهور مدركه ولكن ظاهر إطلاق المشايخ يخالفه فليتأمل كذا بخط الشيخ محمد الغزي صاحب كتاب تنوير الأبصار قال بعض الفضلاء الجواب عما تمسك به العلامة أبو السعود العمادي أنها ليس لها حكم **الإجارة** من كل وجه بل فيها شوب **الأجرة** وشوب الصلة وشوب الصدقة ويلزم على ما أفتى به **الضمان** في الوقف لأنه عامل له والمال في يده أمانة وقد ادعى إيصالها إلى مستحقها ويلزم أيضا أنه لا يقبل قوله في نحو الخطيب والإمام في أنه أدى وظيفته والمصرح به خلافه أيضا وقد تقرر أن جواز ذلك للضرورة بتوالي الناس في الأمور الدينية وما ثبت للضرورة تتقدر بقدرها وهو حل

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٤٣/٣

(٢) ٢٦٣

التناول وجواز الأخذ لا في جميع الأحكام قوله والحاصل أن الوصي يقبل قوله إلخ قال بعض الفضلاء لو ادعى يتيم بعد بلوغه أن بيع عقاره بغير مسوغ فادعى المدعى عليه المسوغ فالقول قول اليتيم وعلى المدعى عليه البينة لأن اليتيم ينكر خروجه عن ملكه إذ بيعه والحالة هذه عندنا باطل كما صرح به في التتارخانية ولا فرق عندنا بين أن يكون البائع أبا أو جدا أو وصيا من جانب الأب أو القاضي ولم أر من صرح بذلك وإن علم من كلامهم قوله الثالثة ادعى أنه أدى جعل عبده الآبق إلخ أقول هذا قول محمد ﷺ." (١)

"(٢) قوله إذا ظهرت مستحقة أي الوديعة المفهومة عن لفظ المودع وإنما كانت الوديعة هنا مضمونة بالهلاك لأنه ظهر **بالأجرة** أن يد المودع يد غصب لا يد حفظ قوله أي مودع لم يخالف إلخ يقال عليه ما قيل في الذي قبله قوله فقل إذا أمره بدفعها إلى بعض ورثته أقول وجه **الضمان** أن الوديعة بعد موته تصير موروثة لجميع الورثة فليس له أن يدفعها إلى بعضهم وإن أمره بذلك المودع ﷺ." (٣)

"(٤٧) قوله : المستأجر فاسدا إذا أجر صحيحا جازت وقيل لا .

يعني إذا قبضها ثم أجرها إجارة صحيحة ؛ والذي قدمه المصنف هو الراجح : قال في المضمرات : استأجر دارا إجارة فاسدة وقبضها ثم أجرها من غيره إجارة صحيحة جاز هو الصحيح وللأول أن ينقض الإجارة الثانية ويأخذ الدار لأنه لو باع بيعا فاسدا ثم المشتري أجره فله أن ينقض الإجارة .

فكذا هذا بخلاف البيع لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والبيع لا (انتهى) .

ومثله في البزازية والعمادية والخلاصة .

(٤٨) قوله : ويضمنها .

قيل يشكل على تصريحهم بأن العين في يد المستأجر أمانة وإن كانت الإجارة فاسدة (انتهى) .

يعني لأن فساد العقود ملحق بصحيحها إذا اتصل به القبض أقول المراد بالفساد في كلام المصنف البطلان لأن الإجارة هنا وقعت على استهلاك العين وإنما وجب **الضمان** لأن الإجارة لما لم تصادف محلها لأن محلها المنفعة لا العين ؛ بقي مجرد الإذن بالانتفاع من حيث التصرف ليرد عليه مثله وهذا تفسير القرض فيصير قرضا كما في الولوالجية وحينئذ لا يرد ما قيل .

(٤٩) قوله : ولو ليزين بها جازت إن وقت .

---

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٦٣/٣

(٢) ٢٠٧

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٢٠٧/٤

أقول : وبين الأجر كما في الولوالجية .

(٥٠) قوله : ولا تجوز إجارة الشجر والكلام إلخ .

لأنها عقدت على استحقاق العين كما في الولوالجية .

(٥١) قوله : وكذا ألبان الغنم وصوفها .

يعني لو استأجر غنما على أن يكون له ألبانها وصوفها .

قوله : دفع غزلا إلى حائك إلخ .

في الولوالجية : دفع كرباسا إلى حائك لينسجه بالثلث أو." (١)

"قوله : أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي .

يعني إذا .

سلم الرجل ثوبا إلى القصار بأجر مسمى فدفعه إلى أجيره فدقه فتخرق فالضمان على القصار دون الأجير لأن أجير القصار أجير واحد لأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وأجير الواحد لا يضمن ما جنت يده إلا أن يخالف وإنما كان الضمان على القصار لأن عمل الأجير منقول إليه لأنه عمل بإذنه كذا في الولوالجية .

(٨٣) قوله : والقصار على الاختلاف في المشترك .

أي على الاختلاف الواقع بين الإمام وصاحبيه في زمان الأجير المشترك وعدمه فعند الإمام لا يضمن العين إذا هلكت في يده ؛ وقالا يضمن إلا بشيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل بدونه فإذا هلك بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمن كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب .

وللإمام أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بالإذن والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقبله شيء من الأجر بخلاف الوديعة بالأجر لأن الحفظ مستحق فيها مقصودا بالأجر .

كذا في الهداية واعلم أنه يجب عليه الضمان فيما تلف بفعله عند علمائنا الثلاثة كما إذا تخرق الثوب من دق القصار .

(٨٤) قوله : ومحله عند عدم اشتراط الضمان عليه .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٣٨/٥

أقول هذا قول والراجح المفتى به أنه لا أثر لاشتراط الضمان فلا ضمان على الأجير المشترك فيما تلف إلا بصنعه في قول الإمام شرط عليه." (١)

"(١٦) قوله : تلزم العارية فيما إذا استعار جدار غيره إلخ .

أقول : هذا مخالف لما في الفصول في الفصل الخامس والثلاثين نقلا عن قاضي خان ونصه : رجل وضع الجذوع على حائط رجل بإذنه أو حفر سردابا تحت بيته بإذنه ثم باع صاحب الدار داره ثم طلب المشتري رفع الجذوع له ذلك .

وكذا السرداب إلا إذا شرط البائع في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون للمشتري أن يطالبه برفع ذلك (انتهى) .

قال بعض الفضلاء ينبغي اعتماد القول بعدم لزومها في الصور المذكورة وللمشتري المطالبة برفعها إلا إذا شرط البائع قرارها وقت البيع لقولهم إن العارية غير لازمة كما في الخلاصة والبزازية وغيرهما .

وقد جزم بذلك صاحب الخلاصة في الفرع المذكور .

(١٧) قوله : كالمستعير والمستأجر .

إنما لم يبرأ عن الضمان إذا تعديا في العين المستعارة ، والمستأجرة ثم أزالا التعدي لأن قبضهما كان لأنفسهما لاستيفائهما منفعتهما فبإزالة التعدي عن العين لم يوجد الرد إلى صاحبها بخلاف ما استثنى فإن يده كيد المال .

قوله : والمودع .

يعني تبرأ بالعود إلى الوفاق وذلك لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات فإذا خالف في البعض ثم رجع عاد إلى الحفظ فصار كما لو استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق الأجر بقدره .

وإطلاق المصنف مقيد بأن لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان كما في البحر." (٢)

"(٥٢) قوله : مؤنة رد العارية على المستعير .

لأنه قبضها لمنفعة نفسه فيجب عليه ردها ، وكذا مؤنة رد المغصوب على الغاصب ؛ لأنه عامل لنفسه في

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٦٢/٥

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢٩٧/٥

القبض ، ومنفعة الرد حاصلة له لبراءته بذلك عن الضمان ، ولا ولاية له على المالك في إيجاب ذلك عليه ، وكذا مؤنة رد الرهن على الراهن ؛ لأن عينه أمانة في يد المرتهن ، ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن والمضمون عليه إنما هي المالية والرد تصرف في العين لا في المالية .

ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعا باعتبار قضاء الدين وحصول التوثقة لكن ترجح جانب الراهن بحكم الملك .

هكذا ذكر في التحرير .

وذكر في الوجيز أنه على المرتهن ويحتاج إلى التوفيق بين الموضعين وهذا بخلاف المودع والمستأجر حيث تكون مؤنة الرد على المالك أما المودع فلأن منفعة قبضه وهي الحفظ حاصلة للمالك وأما المستأجر فلأن منفعة قبضه وإن كانت حاصلة له صورة فهي حاصلة للمؤجر معنى ، حيث يتأكد حقه وهو الأجر ذلك فعند التعارض يترجح جانب الآخر بوجهين أن حقه في العين وهي الأجرة وحق المستأجر في المنفعة واعتبار العين أولى لما عرف والثاني الترجيح بحكم الملك ، كما إذا ماتت دابة رجل في دار غيره فإن مؤنة إخراجها على المالك مع أن المنفعة تحصل لصاحب الدار بتنزيه داره ، فإذا اعتبرنا الملك مع عدم حصول المنفعة ثمة فلأن نعتبره مع حصول المنفعة وهي الأجرة أولى ومؤنة رد العبد الموصى بخدمته بعد مضي مدة." (١)

"٥٩ ولا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .

ادعى المودع دفعها إلى مأذون مالكها ، وكذباه ٦٠ - فالقول له في براءته .

٦١ - لا في وجوب الضمان عليه .

المأذون له بالدفع إذا ادعاه وكذباه ، فإن كانت أمانة فالقول له ، وإن كان مضمونا كالغصب والدين لا .

كما في فتاوى قارئ الهداية .

٦٢ - ومن الثاني ما إذا أذن المؤجر للمستأجر بالتعمير من الأجرة ٦٣ - فلا بد من البيان وهي في أحكام العمارة من العمادي

s(٥٩) قوله : ولا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين .

أقول : ظاهره سواء كان الدين مستغرقا لما دفعه أو لا ، سواء كان الوارث مؤتمنا أو لا ، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه الوارث غير مؤتمن كما قيد بهما في المودع إذا دفع الوديعة

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٢٤/٥

للوارث .

(٦٠) قوله : فالقول له في براءته بيمينه في حق براءة نفسه .

(٦١) قوله : إلا في وجوب **الضمان** عليه .

أي على المأذون .

(٦٢) قوله : ومن الثاني ، وهو ما كان مضمونا لكونه دينا .

(٦٣) قوله : فلا بد من البيان ، وجهه أنه يدعي وفاء الدين الذي عليه بذلك فلا يقبل منه ذلك." [١] "المشتري .

والذي صححه في العمدة وجوب **الأجر** عليه ؛ وتكون هذه المسألة مستثناة من كلام المؤلف .

قال الشيخ قاسم في حاشية شرح المجمع نقلا عن المحيط : الفتوى في غصب الدار والعقار الموقوفة **الضمان** نظرا للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف **بالضمان** نظرا للوقف وهذا أولى مما صححه في العمدة (انتهى) .

وفي الثالث والثلاثين من جامع الفصولين شرى دارا ثم ظهر أنها وقف أو للصغير فعليه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير (انتهى) .

وفي البزازية في مسألة اليتيم زيادة وفي القنية سكن دار الوقف سنين يزعم الملك ثم استحقت للوقف بالبينة العادلة لا يجب عليه أجر ما مضى (انتهى) .

وهو مبني على تصحيح العمدة وقال في القنية في موضع آخر : ادعى القيم منزلا وقفا في يد رجل فجحد فأقام عليه البينة وحكم بالوقفية لا يجب عليه أجر ما مضى ، فأما إذا أقر وكان متعنتا في الإنكار وجبت **الأجرة** (انتهى) .

وفي الاختيار شرح المختار : باع المتولي منزل الوقف فسكنه المشتري ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر المثل (انتهى) .

وهو مبني على تصحيح المحيط وهو الذي ينبغي اعتماده .

(٣٥) قوله : كبيت سكنه أحد الشريكين في الملك .

يجب أن يعلم أن الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من توابعها تجعل كالمملوكة لكل واحد من

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣٢٨/٥

الشريكين على سبيل الكمال إذ لو لم تجعل كذلك منع كل واحد من الدخول والقعود ووضع الأمتعة فتتعطل عليه منافع ملكه ، وإنه لا يجوز وإنما جعلناها هكذا." [1]

"قال للغاصب ضح بها فإن هلكت قبل التضحية ضمنها وإن بعده لا .

الأجر قيمي وكذا في الفحم .

s(٤٦) قوله : قال للغاصب ضح بها إلخ .

قال بعض الفضلاء : هل **الضمان** مبني على أن قوله ضح بها لا يستلزم خروج يده عن **الضمان** إلى الأمانة أو على تقصيره بعدم التضحية في أيامها بعد انقلاب يده إلى الأمانة محل نظر .

وقوله : وإن بعده لا كان مراده هلاكها بعد مضي أيام التضحية (انتهى) .

أقول المسألة في العمادية فيما يبرأ به الغاصب من الثاني والثلاثين وعبارتها : ولو أمر المالك الغاصب أن يضحي بالشاة المغصوبة فقبل التضحية لا يخرج عن ضمان الغصب (انتهى) .

وهو صريح في أن يده قبل التضحية لم تنقلب يد أمانة حتى يكون ضمانه بالتقصير." [2]

"يعطيه كلامه على صورة استفتاء رفع إليه وقد قرأته من خطه ولا يخفى ظهور مدركه ولكن ظاهر إطلاق المشايخ يخالفه فليتأمل كذا بخط الشيخ محمد الغزي صاحب كتاب تنوير الأبصار .

قال بعض الفضلاء : الجواب عما تمسك به العلامة أبو السعود العمادي أنها ليس لها حكم الإجارة من كل وجه بل فيها شوب **الأجرة** ، وشوب الصلة ، وشوب الصدقة ويلزم على ما أفتى به **الضمان** في الوقف ؛ لأنه عامل له ، والمال في يده أمانة ، وقد ادعى إيصالها إلى مستحقها ، ويلزم أيضا أنه لا يقبل قوله في نحو الخطيب والإمام في أنه أدى وظيفته ؛ والمصرح به خلافه أيضا ، وقد تقرر أن جواز ذلك للضرورة بتوالي الناس في الأمور الدينية ، وما ثبت للضرورة تتقدر بقدرها ، وهو حل التناول ، وجواز الأخذ لا في جميع الأحكام .

(١٦) قوله : والحاصل أن الوصي يقبل قوله إلخ .

قال بعض الفضلاء : لو ادعى يتيم بعد بلوغه أن بيع عقاره بغير مسوغ فادعى المدعى عليه المسوغ فالقول قول اليتيم وعلى المدعى عليه البينة ؛ لأن اليتيم ينكر خروجه عن ملكه ؛ إذ بيعه ، والحالة هذه عندنا باطل كما صرح به في التتارخانية ولا فرق عندنا بين أن يكون البائع أبا أو جدا أو وصيا من جانب

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٣٥/٥

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٤٦/٥

الأب أو القاضي ، ولم أر من صرح بذلك وإن علم من كلامهم .

(١٧) قوله : الثالثة ادعى أنه أدى جعل عبده الآبق إلخ .

أقول : هذا قول محمد – رحمه الله – وأما على قول أبي يوسف – رحمه الله – فيقبل قوله بلا بيان ، وأجمعوا أنه لو استأجر." (١)

"تقسيم : في العقود : ١٠ – البيع نافذ وموقوف ولازم وغير لازم وفاسد وباطل .

وضبط الموقوف في الخلاصة في خمسة عشر ، وزدت عليها ثمانية : تكميل : ١١ – الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان ١٢ – وفي النكاح كذلك ، لكن قالوا : نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله ؛ فلا حد ، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد ، وفي جامع الفصولين : نكاح المحارم ؛ قيل باطل وسقط الحد لشبهة الاشتباه ، وقيل فاسد وسقط الحد لشبهة العقد (انتهى) .

وأما في البيع ، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه ، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض ، وحكم الثاني أنه يملك به .

وأما في الإجارة فمتباينان ؛ قالوا لا يجب **الأجر** في الباطلة ، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ، ويجب أجر المثل في الفاسدة ، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين : ١٣ – فاسده يتعلق به **الضمان** ، وباطله لا يتعلق به **الضمان** بالإجماع ، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله ، ومن الباطل : لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية ، وأما في الصلح ١٤ – فقالوا : من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة .

والصلح الباطل : الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ ؛ ففيها يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين .

وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين : إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما أدى ؛ فالكفالة بالأمانات باطلة (انتهى)." (٢)

"الكلام في أجرة المثل ١ – تجب في مواضع ؛ أحدها في الإجارة في صور : منها الفاسدة ، ومنها : لو قال له المؤاجر بعد انقضاء المدة إن فرغتها اليوم وإلا فعليك كل شهر كذا ، وقيل : يجب المسمى .

ومنها : لو قال مشتري العين للأجير اعمل كما كنت ولم يعلم **بالأجر** ، بخلاف ما إذا علم فإنه يجب .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٥٢/٦

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٤٣/٦

ومنها : لو عمل له شيئا ولم يستأجره وكان الصانع معروفا بتلك الصنعة وجب أجر المثل على قول محمد رحمه الله وبه يفتى .

ومنها : في غصب المنافع إذا كان المغصوب مال يتيم أو وقفا أو معدا للاستغلال على المفتى به .

وليس منها لما إذا خالف المستأجر المؤجر إلى شرط بأن حمل أكثر من المشروط فإنه لا يجب أجر ما زاد ؛ لأن الضمان والأجر لا يجتمعان .

ومنها : إذا فسدت المساقاة والمزارعة كان للعامل أجر مثله .

ومنها : إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع ، فإنه يترك بأجر المثل إلى أن يستحصده .

ومنها : إذا فسدت المضاربة فللعامل أجر مثله إلا في مسألة ذكرناها في الفوائد .

ومنها : عامل الزكاة يستحق أجر مثل عمله بقدر ما يكفيه ويكفي أعوانه .

وفائدته أن المأخوذ أجره أنه لو لم يعمل ؛ بأن حمل أرباب الأموال أموالهم إلى الإمام ، فلا أجر له .

ومنها : الناظر على الوقف ، إذا لم يشترط له الواقف ، فله أجر مثل عمله حتى لو كان الوقف طاحونة يستغلها الموقف عليهم ؛ فلا أجر له فيها كما في الخانية .

وهذا إذا عين القاضي له أجرا .

فإن لم يعين له وسعى فيه سنة فلا شيء له ، كذا في القنية ثم." (١)

"٣ – أو فرس الغازي في دار الحرب أو عارية الرهن قبل قضاء الدين .

٤ – أي مودع ضمن بالهلاك ؟ فقل ٥ – إذا ظهرت مستحقة .

٦ – أي مودع لم يخالف وضمن ؟ ٧ – فقل إذا أمره بدفعها إلى بعض ورثته فدفعها إليه بعد موته .

(٣) قوله : أو فرس الغازي .

يعني لو استعار إنسان فرسا ليغزو عليه فلقيه المعير لم يكن له أخذه في دار الشرك في موضع لا يوجد المركب بالشراء ولا بالكراء فليس له أن يسترده ولكنه يتركه بأجر المثل وكذلك السفينة والزق يتركان بأجر المثل قال العلامة ابن الشحنة : وقد يزاد في السؤال نفي هذه الصور كلها ويجاب بأنه أرض آجرها المالك من شخص ثم أعارها منه فإن الإعارة تكون فسخا للإجارة فإذا زرعها لا يملك المعير أن يسترجعها منه لما فيه من الضرر .

(٤) قوله : أي مودع ضمن بالهلاك .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٦٨/٧

أقول لا محل لذكر هذه المسألة فإن الكلام في العارية لا في الوديعة (٥) قوله : إذا ظهرت مستحقة .
أي الوديعة المفهومة عن لفظ المودع وإنما كانت الوديعة هنا مضمونة بالهلاك لأنه ظهر **بالأجرة** أن يد المودع يد غصب لا يد حفظ .

(٦) قوله : أي مودع لم يخالف إلخ .

يقال عليه ما قيل في الذي قبله .

(٧) قوله : فقل إذا أمره بدفعها إلى بعض ورثته .

أقول وجه **الضمان** أن الوديعة بعد موته تصير موروثة لجميع الورثة فليس له أن يدفعها إلى بعضهم وإن أمره بذلك المودع .." (١)

"يعني أن القبض كالإقباض في معناه، وهو أنه يكون بالفعل كقبض المشتري الثمن من البائع، ويكون بالنية كقبض الولي لمحجوره من نفسه أو من محجور له آخر إذا تسلف مال محجوره لنفسه أو لمحجور له آخر ثم رده، فإن ذلك قبض حكمي، وهو القبض بالنية.

والقبض الفعلي على قسمين:

إما أن يكون بإذن الشرع وحده كاللقطة، والمغصوب من الغاصب وأموال بيت المال وأموال الغائبين والمحجورين والزكاة.

وإما أن يكون بإذن غير الشرع مع الشرع كقبض المبيع بإذن البائع، وقبض المستأجر **الأجرة** بإذن المؤجر، وقبض المرتهن الرهن بإذن الراهن، وقبض الموهوب والمتصدق عليه الهبة والصدقة بإذن الواهب والمتصدق، وقبض المستعير العارية بإذن المعير.

أو بإذن غير الشرع فقط أي لا مع الشرع كقبض الغاصب المغصوب من مالكه قهرا تعديا.

ومنه الالتزام **كالضمان** ... - ... ومنه الاشتراك في الأعيان

(ومنه الالتزام **كالضمان**) يعني أن فعل المكلف منه الالتزام للحق غير اللازم له ولا يكون إلا بغير عوض **كالضمان** بالمال أو بالوجه أو بالطلب وكالنذور.

(ومنه الاشتراك في الأعيان) يعني أن فعل المكلف منه الاشتراك في الأعيان أي ذوات المال لا المنافع،

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٢٤/٧

وهو الشركة في الأموال وهي جائزة بشروطها المذكورة في الفروع.

والإذن في الشيء لحوز نافع ... – ... إما في الاعيان أو المنافع

(والإذن في الشيء لحوز نافع) يعني أن فعل المكلف منه الإذن أي إذنه لغيره في حوز شيئه حوزا نافعا للحائز المأذون له في الحوز وذلك (إما) أن يكون (في الأعيان) أي بتفويت عين الشيء المحوز كالضيافات والمنائح (أو) أي وإما أن يكون في (المنافع) أي منافع الشيء المحوز دون تفويت عينه كالعواري والاصطناع بالحلق والحجامة.

ومنه الاتلاف لحق الناس ... – ... في الأكل والمركب واللباس." (١)

"قضاء القاضى بعلمه وفى تضمين الأجير المشترك فإن مذهبه أن للقاضى أن يحكم بعلمه وأن لا ضمان على الأجير لكن ذكر الآخر زاجرا ومرهبا وقد قال الشافعى رحمة الله عليه بعد ذكر القولين فيهما ولولا خوفى ميل القضاة وخيانة **الأجراء** لجعلت للقاضى أن يحكم بعلمه وأسقط **الضمان** عن الأجير فعلل منع القاضى بميله وضمان الأجير بخيانته فدل أن مذهبه فيمن لم يمل من القضاة جواز حكمه بعلمه وفيمن لم يخن من **الأجراء** سقوط **الضمان** عنه وإذا صح هذا فيمن أمن ميله وخيانته ثبت حكمه فيمن خيف ميله وخيانته لعموم الحكم فى الجميع ولا عيب على الشافعى بمثل هذا لأن من كان ترغيما فى الدين فحقيق أن يكون زاجرا

واعلم أن جميع هذه الأقسام لا يتوجه عليها المنكر القولين اعتراض بما أوضحناه فى كل قسم منه والقسم الرابع عشر وهو المختص باعتراض منكر القولين وهو أن نقول فى المسألة الواحدة فى الحالة الواحدة بقولين مختلفين مجمع فيهما بين قولين متضادين فيحكم بحلية الشئ فى أحدهما وتحريمه فى الآخر ويوجب الشئ فى أحدهما ويسقطه فى الآخر فهذا على ضربين أحدهما أن يميز أحد القولين بما ينبه على اختياره والثاني أن يطلق ولا يميز فإن ميز أحدهما بما ينبه على اختياره فهو ثلاثة أضرب

أحدها أن يرجح أحدهما فيقول وبه أقول أو يقول وهذا مما أستخير الله تعالى فيه أو يقول هذا أصح أو هو أشبه فيكون مذهبه منهما هو القول الذى أشار إلى ترجيحه

---

(١) فصول فقه المقاصد والحقوق والتكليف، ص/٢٨

والضرب الثانى أن يفرع على أحدهما أو يكرر ذكره ولا يكرر ذكر الآخر فقد جعل بعض أصحابنا دليلا على الترجيح وبعض أصحابنا لم يجعله دليلا على الترجيح

والضرب الثالث أن يعمل بأحدهما دون الآخر فيكون عمله بذلك دليلا على أنه القول المختار وأما الضرب الثانى فهو إذا جمع بين القولين وأطلقهما ولم يميز أحدهما باختيار ولا ترجيح فهذا على ثلاثة أضرب أحدها أن يتوقف فى القولين المتعارضين لاحتمال الأدلة وتعارضهما ويعلم أن الحق

---." (١)

"٤ قاعدة الإجازة إنما تصح ثم تستند إلى وقت العقد (كر)

٥ قاعدة الإجازة إنما تلحق الموقوف لا الباطل ولا في الجائز (سير)

٦ قاعدة الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (كر مج)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٣

٧ قاعدة الاجتهاد لا ينقص بمثله ولا يعارض النص (شن سير)

٨ قاعدة **الأجر** **والضمان** لا يجتمعان (در)

٩ قاعدة الأجل لا يحل قبل وقته (شن)

١٠ قاعدة إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالبا (شن)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٤

١٢ قاعدة إذا اجتمعت الإشارة والعبارة تعتبر الإشارة (هـ)

١٣ قاعدة إذا اجتمع الحقان قدم العبد (شن)

١٤ قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام أو المحرم والمبيح غلب الحرام والمحرم (شن)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٥

١٥ قاعدة إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر (شن)

---

(١) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ٤١٦/٣

١٦ قاعدة إذا بطل الأصل يصار إلى البدل (مج)

١٧ قاعدة إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (شن)

١٨ قاعدة إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع (شن)

١٩ قاعدة إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما (شن)

٢٠ قاعدة إذا تعذر إعمال الكلام يهمل (شن)

٢١ قاعدة إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (شن)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٦

٢٢ قاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع (مج)

٢٣ قاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع (مج)

٢٤ قاعدة إذا قضي بشيء مخالف للإجماع لا ينفذ (شن)

٢٥ قاعدة استحقاق **الأجرة** بعمل لا بمجرد قول (سير)

٢٦ استعمال الناس حجة يجب العمل بها مج)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٧

٢٧ قاعدة الإسلام يعلو ولا يعلى عليه (سير)

٢٨ قاعدة الإشارات المعهودة لأخرس كعبارة الناطق (مج)

٢٩ قاعدة الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (شن)

٣٠ قاعدة الأصل براءة الذمة (شن)

قواعد الفقه ج:١ ص:٥٨

٣١ قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان (شن)

٣٢ قاعدة الأصل في الابضاع التحريم (شن)." (١)

---

(١) قواعد الفقه . للبركتي، ص/١٣

"كالنوازل الحادثة بعد وفاة النبي – صلى الله عليه وسلم – ، فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها، وإنما حدثت بعد ذلك، فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تبين في الكليات التي كمل بها الدين، وإلى هذا الضرب يرجع جميع ما نظر فيه السلف الصالح مما لم يسنه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على الخصوص مما هو معقول المعنى، كتضمين الصناع، ومسألة الحرام والجد مع الأخوة، وعول الفرائض، ومنه جمع المصحف ثم تدوين الشرائع(١)، وما أشبه ذلك مما لم يحتج في زمانه عليه السلام إلى تقريره، للتقديم كلياته التي تستنبط بها منها، وإذا لم تقع أسباب الحكم فيها ولا الفتوى بها منه عليه الصلاة والسلام، فلم يذكر لها حكم مخصوص.

---

(١) ... التضمين من **الضمان**، وهو التزام بتعويض عن ضرر للغير، والصناع: **الأجراء**، كالخياط يعطى القماش ليصنعه ثوبا.

ومسألة الحرام: وهي تحريم الرجل زوجته، وتقدمت. والجد مع الأخوة: هذا في الميراث، فمن العلماء من جعله كالأب فلم يورث الأخوة في وجوده، ومنهم من أشرك الأخوة معه في الميراث. وأما العول: فهو زيادة سهام الورثة عن أصل المسألة، كاجتماع زوج وأخت وأم، فالجمهور على القول بالعول، وذهب ابن عباس وغيره إلى تقديم الأولى فالأولى ولا عول. وجمع المصحف: كان على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مكتوبا في الرقاع واللخاف والأكتاف والجريد غير مجموع في كتاب واحد لأنه لم يحتج إلى ذلك لأنه كان محفوظا في الصدور. وجمعه أبو بكر الصديق بمشورة عمر، ثم جمعه الجمع الثاني عثمان بن عفان بمحضر من الصحابة على حرف واحد، وعمل منه نسخا أرسلها إلى الأمصار وهو المعروف بالمصحف الإمام. وأما تدوين الشرائع: فمثل كتابة الأحاديث في الصحاح والمسانيد والسنن، وتدوين العلوم الشرعية مثل مصطلح الحديث وأصول الفقه والتفسير ونحو ذلك.." (١)

"مستهلك فإن القول للموكل الذي يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته وأما إذا

كان المبيع مستهلكا فإن القول للوكيل (ر الأشباه والنظائر) وتكون المسألة

حينئذ من جملة المستثنيات

والفرق بين الحالتين أنه في حالة هلاك المبيع يكون مقصود الموكل إيجاب

---

(١) شرح تهذيب كتاب الاعتصام للشاطبي، ص/١٠٢

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:١٢٧

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:١٢٦

الضمان في ذمة الوكيل والوكيل ينكر **الضمان** فالقول قوله لأن الأصل براءة الذمة أما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمين غير ممكنة وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري والموكل ينكر الانتقال فالقول قوله لأن الانتقال من الأمور العارضة فالأصل عدمها

(ز) ومنه ما لو اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعيا أنه كان موجودا فيه عند البائع وقال البائع لا بل حدث العيب عندك بعد القبض وكان العيب مما يحدث مثله فإن القول قول البائع والبينة على المشتري أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة في العبد وكالخيف في الفرس – وهو أن تكون إحدى عينيه سوداء والأخرى زرقاء – فإن البائع يلزم به (ر الدر المختار كتاب البيوع باب خيار العيب)

(ثالثا المستثنى)

خرج عن هذه القاعدة مسائل

(أ) منها ما لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل **الأجرة** وقال المستأجر هلكت قبل تمام المدة بكذا أياما فالقول للمستأجر بيمينه (ر حاشية الحموي على الأشباه والنظائر) وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من **الأجرة** وإنما تثبت **الأجرة** في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلا فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر وهو فراغ ذمة المستأجر لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما." (١)

"يضمنه أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن **الضمان** عليه لا على المكره لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٦٧

(تنبيه)

الظاهر أن ضمان المكره (بالكسر) لا يختص بما إذا كان المكره على إتلافه مال الغير بل مثله ما إذا كان مال المكره (بالفتح) بدليل ما نصوا عليه من أنه لو أكره على أكل طعام نفسه وكان غير جائع فإن المكره يضمنه له

(ثانيا ــ التطبيق)

بالإضافة للمسائل الواردة في (قسم الشرح)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢١٣

(أ) منها ما لو انتهت مدة الإجارة أو العارية والزرع بقل لم يحصد بعد فإنه يبقى إلى أن يستحصد ولكن بأجر المثل لأن اضطرار المستأجر والمستعير لإبقائه لا يبطل حق المالك فتلزم **الأجرة**

(ب) وكذلك لو انتهت مدة إجارة الظئر وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها ولم يستغن بالطعام فإنها تجبر على إرضاعه ولكن بأجر المثل

(ج) وكذا ما ذكروا من أنه لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه وكان التعليق في الصحة والشرط في المرض يكون فارا وترث لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث فترث (ر الدرر وغيره من باب طلاق المريض)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢١٤

(القاعدة الثالثة والثلاثون (المادة ٣٤) (ما حرم أخذه حرم إعطاؤه)

(أولا ــ الشرح)

معنى هذه القاعدة أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضا أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه سواء أكان على سبيل المنحة ابتداء أم على سبيل المقابلة وذلك لأن إعطاءه الغير عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم أو الإعانة والتشجيع عليه فيكون المعطي شريك

الفاعل ومن المقرر شرعا أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة والتشجيع
عليه لقوله تعالى ٢ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ٢
(ثانيا ــ التطبيق)." (١)

"ضامن) الثانية إلى قوله (فمات قبل أن يتقاضاه) الواقعة بعد (فأنا ضامن)
الثالثة فاتصل قوله (فمات) بقوله (فأنا ضامن) الثانية فاختل الكلام والحق
ما نقلناه هذا ما ظهر والله سبحانه وتعالى أعلم

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٢٨
(القاعدة الرابعة والثمانون (المادة ٨٥) (الخراج بالضمان)
(أولا ــ الشرح)
الخراج الحاصل من الشيء إذا كان منفصلا عنه غير متولد منه
ككسب العبد وسكنى الدار وأجرة الدابة بالضمان أي بمقابلة دخوله في
ضمان من سلم له خراجه فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه وقد نهى
رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن ربح ما لم يضمن رواه الطبراني في الكبير عن حكيم بن
حزام رضي الله تعالى عنه ورمز السيوطي إلى حسنه
وخراج الشيء ما حصل منه والذي يكون منه بمقابلة الضمان ما كان
منفصلا غير متولد كالكسب والأجرة والهبة والصدقة فإنه يطيب لمن كان
عليه الضمان
فلو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب وكان قد قد استعمله مدة
لا يلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله
وكذلك لو كان آجره فإن الأجرة تطيب له
لكن اختلف في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير
المتولدة ثم رد بالعيب فعند محمد هي للمشتري بلا ثمن وعندهما هي
للبائع واتفقوا على أنها لا تطيب لمن هي له لأن طيبها إنما يكون بالملك

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/١٢٣

والضمان وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما بل الملك للمشتري والضمان

على البائع حتى لو هلك المبيع والحالة هذه يهلك من ماله

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٢٩

(ثانيا _ التطبيق)

مما يتفرع على هذه القاعدة المذكورة

ما لو شرطا في شركة الوجوه مناصفة المشترى أو مثالثته وشرطا الربح

على خلاف ذلك فالشرط باطل (ر المرآة عن الدراية)

ومنه ما لو استأجر دارا مثلا ببدل ثم آجرها بأكثر منه من جنس ذلك

البدل فإن الزيادة لا تطيب له إلا إذا أصلحها بإحداث ما تشاهد عينه فيها." [١]

"كبناء وتجصيص وجعل الخصاف كري النهر من ذلك بخلاف كنس الدار

وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها (ر الدر وحواشيه من

باب ما يجوز من الإجارة)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٠

(القاعدة الخامسة والثمانون (المادة ٨٦) (الأجر والضمان لا يجتمعان)

(أولا _ الشرح)

الأجر أي بدل المنفعة والضمان وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه

لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي

والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ومنافع المغصوب غير مضمونة

لأن المنافع معدومة وعند وجودها فهي أعراض غير باقية وإنما تقوم بعقد

الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها وعقد الإجارة

لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا بل يرتفع إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا

أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد لتنافي الحالتين

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٦٦

قيدنا بقولنا إذا اتحدت جهتهما ليخرج ما إذا اختلفت جهت،ما وذلك
كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه وكانت
تطيق حمل الاثنين فعطبت بعد بلوغ المقصد فعليه كل **الأجر** ويضمن نصف
قيمتها وذلك لعدم اتحاد جهة **الأجر** وجهة **الضمان** ولو كانت لا تطيق حمل
الاثنين ضمن كل قيمتها (ر الدر المختار من الإجارة)
والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها لأنه حينئذ يعد غاصبا
للكل من الابتداء كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بر مثلا
فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر
الزيادة ووجب **الأجر** كله وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه
لصيرورته غاصبا وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣١
(ثانيا _ التطبيق)
ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر وذلك لأن
التعدي الذي هو سبب **الضمان** إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقو،د عليها." (١)
"في يومه ورجع في الغد فعليه نصف **الأجر** للذهاب لا للرجوع إذ خالف فيه
(انتهى) ونقل في (الفصل السادس والعشرين من إجارات) الفتاوى الهندية
عن التتارخانية عن جامع الفتاوى عدم وجوب **الأجر** أصلا فيما إذا استأجر
دابة إلى مكان معلوم وخرج بها إلى ذلك المكان ولكن بعد أن مكث كثيرا
مقدار ما لا يمكث في انتظار القافلة وقال قد تقرر عليه **الضمان** فلا يرتفع
بالخروج فلا يجب **الأجر**
فظهر بهذا أنه لا يشترط لانتفاء **الأجر** **الضمان** بالفعل فإنه قد يكون
بالفعل وذلك فيما إذا هلكت العين المأجورة بعد التعدي فإنه لا أجر عليه
لما قبل التعدي ولا لما بعده فقد قال في (الفصل الثالث والثلاثين) من جامع

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٦٧

الفصولين (من بحث إجارة الدواب آخر صفحة ١٦٤) ما لفظه استأجره

قروي ليحمل عليه برا إلى المدينة ففعل ووضع عليه في الرجوع إلى بيته قفيز

ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر إذ لا يجتمعان ثم قال

لو سلم الحمار فله أجر ما سمى فقط إذ لا أجر للغصب (انتهى)

وقد تكون الحالة حالة تعد تجعل صاحبها بمعرض **الضمان** وذلك فيما إذا

سلمت العين بعد التعدي فإنه لا أجر عليه لما بعد التعدي وإن انتفع بالفعل

أو تمكن من الانتفاع لأنه غاصب وبمعرض **الضمان**

وهذا بخلاف ما إذا استأجر حمارا لحمل متاعه في طريق معين فحمله في

طريق آخر مخوف أو ليحمله على دابة معينة فحمله في البحر فتلف فإنه

يضمنه وإن أوصله سليما وجب كل **الأجر** (ر الفصل السابع والعشرين من

إجارات الفتاوى الهندية نقلا عن التمرتاشي)

ولا يرد هذا على ما تقدم لأن المعقود عليه هنا إيصال المستأجر (بفتح

الجيم) مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل ولكن مع المخالفة في كيفية

الإيصال المشروطة ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود بخلاف ما تقدم

فإن العقد فيه ليس واردا على الحمل والإيصال بل على منفعة دابة معينة ليعمل

عليه المستأجر (بالكسر) والفرق ظاهر للمتأمل

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٣." (١)

"وقد رسمت ها هنا جدولا حاويا للمسائل العشر وأحكامها سهل المتناول

لمن أراد وهذا هو تعدى ولم ينتفع مطلقا

تعدى ثم انتفع

انتفع ثم تعدى

استوفى المنفعة كلها وتعدى في أثنائها

استوفى بعض المنفعة ثم تعدى ولم ينتفع بعد ذلك

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٦٩

سلمت

في معرض **الضمان** فلا أجر عليه

في معرض **الضمان** ولا أجر عليه

يجب **الأجر** كله

يجب **الأجر** لما قبل التعدي فقط

يجب **الأجر** لما قبل التعدي بحسابه فقط

تلفت

ضامن بالفعل ولا أجر عليه

ضامن ولا أجر عليه

يضمن قيمتها ولا أجر

يضمن قيمتها ولا أجر عليه

يضمن قيمتها ولا أجر

(تنبيه)

جاء في الذخيرة (من **الإجارة** صفحة ٤٤٩) ما لفظه استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم وله في أرضه لبن فصار كلما عاد يحمل عليه اللبن فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل **الأجر** ولا مانع من وجوب **الأجر** مع المخالفة انتهى

واستشهد له بفروع وقع التعدي فيها بعد استيفاء المنفعة فإن ما ذكره منقولا فهو محمول على القول السابق لما عليه الفتوى وهو أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ عن **الضمان** والفتوى على خلافه كما قدمناه وإن كان قياسا منه رحمه الله تعالى فهو قياس مع الفارق

(تنبيه آخر)

كما لا يجتمع أجر وضمان لا يجتمع العشر والخراج ولا القصاص مع الدية ولا متعة واجبة مع المهر ولا القتل مع الوصية أو الميراث ولا الميراث مع الوصية فيمن يرد عليه ولا **الأجر** مع الشركة في العين ولا الحد مع

اللعان ولا أجرة الرضاع مع النكاح ولا الحد مع ثبوت النسب

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٤

(تنبيه آخر)

ذكرنا سابقا فيما إذا استأجر الدابة لحمل مخاتيم بر معينة فزاد عليها وكانت

الدابة لا تطيق حمل الزيادة أنه يضمن جميع القيمة ولا يجب عليه **الأجر**

والحكم على الوجه المذكور مسلم وموافق للمنقول في كتب المذهب

ففي الفتاوى الخانية (من الإجارة) ما لفظه لو استأجرها ليحمل عليها." [١]

"عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما من الحنطة وجاء بالحمار

سليما فهلك قبل أن يرده إلى صاحبه إن كان يعلم أن الحمار يطيق ذلك كان

عليه ثلث القيمة وكمال **الأجر** المسمى وإن كان لا يطيق يضمن جميع القيمة

ولا يجب **الأجر** انتهى ونقله أيضا عن الفتاوى الخانية في (السابع والعشرين

من إجارات) الفتاوى الهندية وكذا نقله في الفتاوى الأنقروية وكذا يستفاد

الحكم المذكور من مبسوط السرخسي (من باب إجارة الدواب ج ١٥

ص ١٧٢) مع مراجعة ما ذكره في العارية (ج ١١ ص ١٢٨) من المبسوط

المذكور وما بعد النقل إلا الرجوع إليه

وأما ما ذكره بعض العصريين في مؤلف له من تضمين المستأجر كل

القيمة وإيجاب كل **الأجر** في صورة عدم إطاقة الدابة للزيادة فلم يوجد إلا في

كلام صاحب التنوير (من باب ما لا يجوز في الإجارة وما يكون خلافا فيها)

وعزاه في شرحه منح الغفار إلى غاية البيان للإتقاني وتابعه في هذا العزو

صاحب الدر وأفاد أن مأخذ التنوير للحكم المذكور المعزي للغاية هو من

البحر وتابع صاحب التنوير على هذا الحكم العلامة الخادمي في حاشيته على

الدرر وعزاه إليه وسكت عنه محشو الدر أيضا كلهم

وهو مشكل إذ فيه إيجاب ضمان كل القيمة وإيجاب كل **الأجر** في صورة

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٧٠

عدم إطاقة الدابة للحمل والزيادة وفي هذه الصورة يكون قد حصل التعدي
من الابتداء واعتبر المستأجر بتحميلها ذلك وهي غير مطيقة غاصبا ضامنا من
حين التحميل فكيف يجمع عليه **الأجر** **والضمان** في آن واحد والجهة متحدة
وهما لا يجتمعان
وبعد تتبع ما عندي من الكتب الفقهية بالقدر الممكن لم أر لما ذكره

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٥
صاحب التنوير أصلا ثم لدى مراجعة البحر الذي عزا إليه صاحب الدر كلام
التنوير والغاية رأيته نقل عن الزيلعي تقييد قول متن الكنز ويضمن بالزيادة
على الحمل ما زاد بأن تطيق الدابة مثله ثم قال ولم يتعرض المصنف للأجر إذا
هلكت وفي غاية البيان أن عليه الكراء كاملا انتهى." (١)

"- وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه وذلك لأن
الضمان يستدعي سبق التعدي والجواز الشرعي يأبى وجوده فتنافيا
(ثانيا ـ التطبيق)
أما إذا كان الأمر المباح فعلا فهو ما أفادته المادة بقولها مثلا لو حفر إنسان
بئرا في ملكه الخاص به أو في طريق العامة ولكن بإذن ولي الأمر فوقع فيها
حيوان رجل أو وقع فيها إنسان فهلك لا يضمن حافر البئر شيئا
وكذا لو خالف في حفظ الوديعة أو استعمال المأجور إلى ما هو مساو كما إذا
قال احفظها في البيت الفلاني من دارك فحفظها في بيت آخر مثله فيها
أو استأجر الدابة ليحملها كرا معينا من حنطة مثلا فحملها كرا من حنطة
أخرى
أو خالف إلى ما هو خير كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٤٩

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٧١

عينه له المودع أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير

أو سمسم فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك

(ر المواد ٦٠٥ ٧٨٤ ٩٢٤ من المجلة والمرآة)

وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهنا بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن

للموكل وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (ر المادة ١٥٠٠

وشرحها من المرآة)

وكذا لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل **الأجرة** فهلكت في

يده لا يضمن العين وسقط **الأجر** لهلاكها قبل التسليم للمستأجر

وكذا لو فسخت الإجارة فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان

عجله من **الأجرة** فهلكت العين في يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله (ر التنوير

من الإجارة)

وكذا لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها ثم

طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه لا يضمن ولا تسقط النفقة

على المعتمد وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز والجواز الشرعي ينافي

الضمان

وأما إذا كان الأمر المباح تركا فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن

فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن أو امتنع المضارب عن العمل." (١)

"في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده أو أخر إنسان عنده المال

المدفوع إليه ليوصله إلى آخر أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه

لا ضمان عليهم لأن امتناع من ذكر جائز والجواز ينافي **الضمان**

ثم إنما شرطنا لعدم **الضمان** أن لا يكون الفعل الجائز مقيدا بشرط

السلامة وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ليخرج

ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئا بيدها

أو فمها وهو راكبها أو سائقها أو قائدها فيضمن لأن مروره ذلك وإن كان

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٨٠

مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة (ر المادة ٩٢٦ ٩٢٣ ٩٣٣ من المجلة)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٥٠

وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته (ر ما تقدم في المادة ٣٣) وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق (ر المادة ٩١٩ من المجلة والمرآة) لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه

ثم إن مفهوم القاعدة أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يأباه ولكن هل يستلزمه أو لا يستلزمه محل نظر وقد صرح في رد المحتار (أوائل اللقطة) بأن الإثم لا يستلزم الضمان وقال واستدل له في البحر بما قالوا لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن

أقول ويدل له أيضا ما صرحوا به في الإكراه من أنه لو أكره بملجئ على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له الإقدام فلو فعل فالقصاص على المكره (بالكسر) ويؤيده أيضا ما لو دل وارث المودع السارق على الوديعة فسرقها فإنه لا يضمن (كما تقدم في الكلام على المادة السابقة)

وكما لو قصر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب لا يضمن (ر الفتاوى الانقروية من الوقف الباب الثامن)

وكذا لو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجر المثل." (١)

"ص -٤١٦-...أن المراد بها أن النفقة على المالك فإنه الذي يركب ويشرب وجعل الحديث دليلا على جواز تصرف الراهن في الرهن بالركوب والحلب وغيره ونحن نبين ما في هذين الأصلين من حق وباطل. فأما الأصل الأول فقد دل على فساده القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس الصحيح ومصالح العباد أما القرآن فقوله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ وقد تقدم تقرير الدلالة منه وقد اعترض بعضهم على هذا الاستدلال بأن المراد به أجورهن المستماه فإنه أمر لهم بوفائها لا أمر لهم بإيتاء ما لم يسموه من الأجرة ويدل عليه قوله تعالى ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾ وهذا التعاسر إنما يكون حال العقد بسبب

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٨١

طلبها الشطط من **الأجر** أو حطها عن أجر المثل وهذا اعتراض فاسد فإنه ليس في الآية ذكر التسمية ولا يدل عليها بدلالة من الدلالات الثلاث أما اللفظيتان فظاهر وأما اللزومية فلانفكاك التلازم بين الأمر بإيتاء **الأجر** وبين تقدم تسميته وقد سمى الله سبحانه وتعالى ما يؤتيه العامل على عمله أجرا وإن لم يتقدم له تسمية كما قال تعالى عن خليله عليه السلام ﴿وآتيناه أجره في الدنيا وإنه في الآخرة لمن الصالحين﴾ وقال تعالى ﴿ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين﴾ ومعلوم أن **الأجر** ما يعود إلى العامل عوضا عن عمله فهو كالثواب الذي يثوب إليه أي يرجع من عمله وهذا ثابت سواء سمي او لم يسم وقد نص الإمام أحمد رضي الله عنه على أنه إذا افتدى الأسير رجع عليه بما غرمه عليه ولم يختلف قوله فيه واختلف قوله فيمن أدى دين غيره عنه بغير إذنه فنص في موضع على أنه يرجع عليه فقيل له هو متبرع **بالضمان** فقال وإن كان متبرعا **بالضمان** ونص في موضع آخر على أنه لا يرجع فإنه قال: إذا لم يقل اقض عني ديني كان متبرعا ونص على أنه يرجع على السيد بنفقة عبده الآبق." (١)

"ونظير هذه المسألة ما لو قبض مغصوبا من غاصبه ببيع أو عارية أو اتهاب أو إجارة وهو يظن انه مالك لذلك أو مأذون له فيه ففيه قولان احدهما أن المالك مخير بين تضمين أيهما شاء وهذا المشهور عند أصحاب الشافعي واحمد ثم قال: أصحاب الشافعي إن ضمن المشتري وكان عالما بالغصب لم يرجع بما ضمن على الغاصب وان لم يعلم نظرت فيما ضمن فإن التزام ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب لان الغاصب لم يغره بل دخل معه على ان يضمنه وهذا التعليل يوجب ان يرجع بما زاد على ثمن المبيع إذا ضمنه لأنه إنما التزم ضمانه بالثمن لا بالقيمة فإذا ضمنه إياه بقيمته رجع بما بينهما من التفاوت قالوا: وإن لم يلتزم ضمانه نظرت فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع به على الغاصب لانه غره ودخل معه على انه لا يضمنه وإن حصلت له به في مقابلته منفعة **كالأجرة** والمهر وأرش البكارة ففيه قولان احدهما يرجع به لانه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه والثاني لا يرجع لانه حصل له في مقابلته منفعة وهذا التعليل أيضا يوجب على هذا القول ان يرجع بالتفاوت الذي بين المسمى ومهر المثل واجرة المثل اللذين ضمنهما فإنه إنما دخل على **الضمان** بالمسمى لا بعوض المثل والمنفعة التي حصلت." (٢)

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٨٨/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٥٧/٩

"ص –٤٢–...فأراد الرجل أن يثبت ماله عليه حتى يحكم له الحاكم عليه وهو غائب فليرفعه إلى حاكم يرى الحكم على الغائب فإن كان حاكم البلد لا يرى الحكم على الغائب فالحيلة أن يجئ رجل فيضمن لهذا الذي له المال جميع ماله على الرجل الغائب ويسميه وينسبه ولا يذكر مبلغ المال بل يقول ضمنت له جميع ما صح له في ذمته ويشهد على ذلك ثم يقدمه إلى القاضي فيقر الضامن **بالضمان** ويقول لا أعرف له على فلان شيئا فيسأل القاضي المضمون له هل لك بينة فيقول نعم فيأمره بإقامتها فإذا شهدت ثبت الحق على الغائب وحكم على الضمين بالمال ويجعله خصما عن الغائب لأنه قد ضمن ما عليه ولا ينفذ حكمه على الضامن بثبوت المال على وجه **الضمان** حتى يحكم على الغائب المضمون عنه بالثبوت لأنه هو الأصل والضامن فرعه وثبوت الفرع بدون أصله ممتنع وهو جائز على اصل أهل العراق حيث يجوزون الحكم على الغائب إذا اتصل القضاء بحاضر محكوم عليه كوكيل الغائب وكما لو ادعى انه اشترى من غائب ما فيه شفعة فإنه يقضى عليه بالبيع وبالشفعة على المدعى وكهذه المسألة ما لو ادعت زوجة غائب أن له عند فلان وديعة فإنه يفرض لها مما في يديه

المثال الحادي عشر بعد المائة: ليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن إلا بإذن الراهن فإن أذن له كان إباحة أو عارية له الرجوع فيها متى شاء ويقضى له **بالأجرة** من حين الرجوع في أحد الوجهين فالحيلة في انتفاع المرتهن بالرهن آمنا من الرجوع ومن **الأجرة** أن يستأجره منه للمدة التي يريد الانتفاع به فيها ثم يبرئه من **الأجرة** أو يقر بقبضها ويجوز أن يرد عقد الإجارة على عقد الرهن ولا يبطله كما يجوز أن يرهنه ما أستأجره فيرد كل من العقدين على الآخر وهو في يده أمانة في الموضعين وحقه متعلق به فيهما إلا أن الانتفاع بالمرهون مع الإجارة والرهن بحاله." (١)

"ص –٧١–...الأول بأنه بعد التسليم بقي الأصل: وجوب **الأجرة** عليه إلى أن يتبين ما يسقطها.

ومنها: لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال: أمرتني بقطعه قباء، فقال: بل قميصا فالأظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن في ذلك، والثاني المستأجر ؛ لأن الأصل براءة ذمته، والظاهر: أنه لا يتجاوز إذنه.

ومنها: قد ملفوفا وزعم موته، ففي قول يصدق القاد لأن الأصل براءة ذمته والأصح يصدق الولي ؛ لأن الأصل بقاء الحياة.

ومنها: لو زعم الولي سراية والجاني سببا آخر، فالأصح تصديق الولي لأن الأصل عدم السبب. والثاني

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٣/١٠

الجاني لأن الأصل براءة الذمة.

ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه، وزعم الولي سببا آخر، والجاني سراية فالأصح تصديق الولي ؛ لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين، والثاني: الجاني، لأن الأصل براءة ذمته.

ومنها: لو قلع سن صغير ومات قبل العود فقيل: يجب الأرش ؛ لأن الجناية قد تحققت، والأصل عدم العود، والأصح: لا، لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر أنه لو عاش لعادت.

ومنها: ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية، فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب، كذا في أصل الروضة. قال البلقيني: لم يبين فيه الحكم وكأنه أحاله على ما إذا اختلفا في عقدين فإن كلا يحلف على نفي دعوى الآخر.

ومنها: إذا قال: كان له علي كذا، ففي كونه مقرا به خلاف ؛ لأن الأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة، والأصح أنه ليس بإقرار.

ومنها: اطلعنا على كافر في دارنا فقال: دخلت بأمان مسلم، ففي مطالبته بالبينة وجهان لأن الأصل عدم الأمان، ويعضده: أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالإشهاد، والأصل حقن الدماء، ويعضده: أن الظاهر أن الحربي لا يقدم على هذا إلا بأمان وهذا هو الأصح.

ومنها: لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الإكراه، فليجدد الإسلام فإن قتله مبادرا قبل التجديد، ففي الضمان وجهان. قال في الوسيط: مأخوذان من تقابل الأصلين: عدم الإكراه وبراءة الذمة.." (١)

"ص -٢٨٤-...الخامسة: إذا استؤجر المسلم للجهاد لم يصح، ولا شيء.

السادسة: إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه، وقلنا: لا يجوز، فلا تستحق أجرة المثل، في الأصح.

السابعة: قال الإمام لمسلم: إن دللتني على القلعة الفلانية، فلك منها جارية، ولم يعين الجارية، فالصحيح: الصحة، كما لو جرى من كافر، فإن قلنا: لا يصح، لم يستحق أجرة.

الثامنة: المسابقة إذا صحت فالعمل فيها مضمون، وإذا فسدت لا يضمن في وجه. التاسعة: النكاح الصحيح يوجب المهر، بخلاف الفاسد.

ويستثنى من الثاني مسائل:

الأولى: الشركة، فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونا عليه.

وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٣٦/١٦

الثانية: إذا صدر الرهن، والإجارة من الغاصب، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح، وإن كان القرار على الغاصب، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة.

الثالثة: لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه: أنه يضمن، كالبيع الفاسد.

الرابعة: ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه **الضمان** فإنه يكون مضمونا على قابضه منه مع فساده.

تنبيه:

المراد من القاعدة الأولى: استواء الصحيح والفاسد في أصل **الضمان،** لا في الضامن ولا في المقدار، فإنهما لا يستويان.

أما الضامن: فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة. تكون **الأجرة** على الولي، لا في مال الصبي، كما صرح به البغوي في فتاويه، بخلاف الصحيحة.

وأما المقدار: فلأن صحيح البيع: مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة، أو المثل: وصحيح القرض: مضمون بالمثل مطلقا، وفاسده بالمثل، أو القيمة. وصحيح المساقاة والقراض، والإجارة، والمسابقة، والجعالة: مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل والوطء في النكاح الصحيح: مضمون بالمسمى، وفي الفاسد: بمهر المثل.." (١)

"ص -٣٢٩-...ضمنه ولكن لا يتعين ذلك المرهون لوفائه، ولا يمتنع على صاحبه التصرف فيه انتهى.

الثاني: صحة **الضمان** بها أداء.

فأما الأعيان، فإن لم تكن مضمونة على من هي في يده، كالوديعة والمال في يد الشريك والوصي والوكيل، فلا يصح ضمانها قطعا وإن كانت مضمونة صح ضمان ردها على المذهب ولا يصح ضمان قيمتها لو تلفت على الصحيح ؛ لأنها قبل التلف غير واجبة.

الثالث: قبول الأجل فلا يصح تأجيل الأعيان.

ولو قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا: لم يصح ؛ لأن الأجل شرع رفقا للتحصيل، والمعين حاصل.

فوائد:

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٦/٤٥٠

الأولى:

ليس في الشرع دين لا يكون إلا حالا، إلا رأس مال السلم وعقد الصرف، والربا في الذمة، والقرض وكل مال متلف قهري **والأجرة** في إجارة الذمة، وفرض القاضي مهر المثل على الممتنع في المفوضة، وعقد كل نائب أو ولي لم يؤذن له في التأجيل لفظا أو شرعا، وليس فيه دين لا يكون إلا مؤجلا، إلا الكتابة والدية.

وليس فيه دين يتأجل ابتداء بغير عقد إلا في الفرض للمفوضة إذا تراضيا.

الثانية:

ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض مكلف بصير، إلا في صورتين:

الأولى: إذا خالعها على طعام في الذمة وأذن في صرفه لولده منها.

والأخرى: النفقة التي في الذمة، إذا أنفق على زوجة صغيرة أو مجنونة بإذن الولي، برئ، وإن لم يقبض المكلف.

الثالثة:

الأجل: لا يحل قبل وقته إلا بموت المديون.

ومنه: موت العبد المأذون وقتل المرتد وباسترقاقه إذا كان حربيا وبالجنون على ما وقع في الروضة، والأصح خلافه.

ويستثنى من الموت: المسلم الجاني ولا عاقلة له، تؤخذ الدية من بيت المال مؤجلة ولا تحل بموته.

ولو اعترف وأنكرت العاقلة، أخذت منه مؤجلة فلو مات لم تحل في وجه.

ولو ضمن الدين مؤجلا ومات، لم يحل في وجه والأصح فيهما الحلول.." (١)

"ص -٣٣١-...وأما لغير من هو عليه بالعين، كأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو، ففيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج: البطلان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.

والثاني: يجوز كالاستبدال، وصححه في الروضة من زوائده.

وشرطه على ما قال البغوي ثم الرافعي: أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما، بطل العقد.

قال في المطلب: ومقتضى كلام الأكثرين خلافه، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر - ولا بينة له عليه - لا يصح جزما.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤/١٧

وكما لا يصح بيع الدين، لا يصح رهنه ولا هبته على الصحيح.

ما يجوز فيه الاستبدال، وما لا يجوز.

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا، وقيمته وثمن المبيع **والأجرة** والصداق وعوض الخلع وبدل الدم قال الأسنوي: وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب **الضمان** وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك.

قال: وفي الدين الثابت بالحوالة: نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله، وهو المحال به فيعطى حكمه.

وحيث جاز الاستبدال، جاز عن المؤجل حالا، لا عكسه.

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا، شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره، شرط تعيينه في المجلس لا في العقد ولا قبضه.

قال في المطلب: وعلى هذا فقولهم، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض، محمول على ما بعد اللزوم. أما قبله: فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط.

قال الأسنوي: وهذا الذي قاله جيد، وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

الخامس:

لا تجب فيه الزكاة إن كان ماشية، وعللوه بأن السوم شرط وما في الذمة لا يوصف به. واستشكله الرافعي: بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة، فكما يثبت في الذمة لحم راعية، فلتثبت الراعية نفسها.." (١)

"ص -١٦٨-...لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله "ورود العقد عليها لتحقق الحاجة" أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد **الإجارة** ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما على خلاف القياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه. ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب **الضمان** انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٦/١٧

"ولم ينحصر دفعها" أي حاجة دفع العدوان "في التضمين بل الضرب والحبس أدفع" للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا. كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان يبنى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم الأجران معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع." (١)

"ص -٢٢٠-...شيء فكذا الصبي في هذا المعنى فكانت نفعا محضا في حقه بخلاف ما كان ماليا منها كالزكاة لا يصح منه؛ لأن فيه ضررا به في العاجل بنقصان ماله.

"والرابع" أي ما هو حق للعبد وهو نفع محض "كقبول الهبة والصدقة تصح مباشرته منه بلا إذن وليه؛ لأنه نفع محض ولذا" أي ولصحة مباشرته ما فيه نفع محض "وجبت أجرته" أي الصبي المحجور بغير إذن وليه "إذا آجر نفسه وعمل مع بطلان العقد؛ لأنه" أي بطلان عقده بغير إذن وليه "ولحقه" أي الصبي وهو "أن يلحقه ضرر"؛ لأنه عقد معاوضة متردد بين الضر والنفع فلا يملكه بدون إذن الولي. "فإذا عمل بقي الأجر نفعا محضا" وهو غير محجور فيه "فيجب بلا اشتراط سلامته" من العمل حتى لو هلك في العمل له الأجر بقدر ما أقام من العمل؛ لأن الحر لا يملك بالضمان "بخلاف العبد" المحجور "آجر نفسه" بغير إذن مولاه "تجب" الأجرة "بشرطها" أي السلامة من العمل "فلو هلك ضمن" المستأجر "قيمته من يوم الغصب فيملكه فلا تجب أجرته"؛ لأنهما لا يجتمعان "وصحت وكالتهما" أي قبول الصبي والعبد توكيل غيرهما لهما بغير إذن وليهما "بلا عهدة" ترجع إليهما من لزوم الأحكام المتعلقة بالعقد الذي باشره كتسليم المبيع والثمن والخصومة في العيب "لأنه" أي قبولهما الوكالة بلا عهدة "نفع" محض لهما "إذ يكتسب بذلك إحسان التصرف، وجهة الضرر وهي لزوم العهدة منتفية فتمحض نفعا وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿وابتلوا

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٣/٣٥٠

اليتامى﴾ [النساء: ٦]" أي اختبروا عقولهم وتعرفوا أحوالهم بالتصرف قبل البلوغ حتى إذا تبينتم منهم هداية دفعتم إليهم أموالهم بلا تأخير عن حد البلوغ "ولذا" أي ولصحة مباشرتهما ما فيه نفع محض "استحقا الرضخ" أي ما دون السهم من الغنيمة "إذا قاتلا بلا إذن" من الولي والمولى والقياس لا شيء لهما؛ لأنهما ليسا من أهل القتال وإنما يصيران من أهله بالإذن كالحربي المستأمن، وجه الاستحسان أنهما غير محجورين عن محض المنفعة واستحقاق الرضخ بعد." (١)

"٣ قال في "منح الجليل" "٧/ ٥١٣": "وقد أسقط النبي -صلى الله عليه وسلم- الضمان عن الأجراء، وخصص العلماء من ذلك الصناع؛ وضمنوهم نظرا واجتهادا". وقال المؤلف في "الاعتصام" "٢/ ٦١٦، ط ابن عفان": "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، وقال علي: "لا يصلح الناس إلا هذا"١، ووجه المصلحة أن الناس لهم حاجة إليهم، وهم يغيبون عن الأمتعة، ويغلب عليهم التفريط، فلو لم يضمنوا مع مسيس الحاجة إليهم؛ لأفضى إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا بدعواهم الهلاك؛ فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة؛ فكانت المصلحة التضمين" ا. هـ.

---

١ أخرجه ابن أبي شيبة "٦/ ٢٨٥"، وشريح في "القضاء" "ق ٥٧/ ب"، وابن حزم "٨/ ٢٠٢"، والبيهقي "٦/ ١٣٧".." (٢)

"ص -٣٣٣-...قضاء القاضى بعلمه وفى تضمين الأجير المشترك فإن مذهبه أن للقاضى أن يحكم بعلمه١ وأن لا ضمان على الأجير٢. لكن ذكر الآخر زاجرا ومرهبا وقد قال الشافعى رحمة الله عليه بعد ذكر القولين فيهما ولولا خوفى ميل القضاة وخيانة الأجراء لجعلت للقاضى أن يحكم بعلمه وأسقط الضمان عن الأجير. فعلل منع القاضى بميله وضمان الأجير بخيانته فدل أن مذهبه فيمن لم يمل من القضاة جواز حكمه بعلمه وفيمن لم يخن من الأجراء سقوط الضمان عنه وإذا صح هذا فيمن أمن ميله وخيانته ثبت حكمه فيمن خيف ميله وخيانته لعموم الحكم في الجميع ولا عيب على الشافعى بمثل هذا لأن من كان ترغيما في الدين فحقيق أن يكون زاجرا.

واعلم أن جميع هذه الأقسام لا يتوجه عليها المنكر القولين اعتراض بما أوضحناه في كل قسم منه.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٦١/٢٣

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٩٨/٤٠

والقسم الرابع عشر: وهو المختص باعتراض منكر القولين وهو أن نقول في المسألة الواحدة في الحالة الواحدة بقولين مختلفين مجمع فيهما بين قولين متضادين فيحكم بحلية الشئ في أحدهما وتحريمه في الآخر ويوجب الشئ في أحدهما ويسقطه في الآخر فهذا على ضربين أحدهما أن يميز أحد القولين بما ينبه على اختياره. والثاني: أن يطلق ولا يميز فإن ميز أحدهما بما ينبه على اختياره فهو ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يرجح أحدهما فيقول: وبه أقول أو يقول: وهذا مما أستخير الله تعالى فيه أو يقول هذا أصح أو هو أشبه فيكون مذهبه منهما هو القول الذى أشار إلى ترجيحه.

والضرب الثاني: أن يفرع على أحدهما أو يكرر ذكره ولا يكرر ذكر الآخر فقد جعل بعض أصحابنا دليلا على الترجيح وبعض أصحابنا لم يجعله دليلا على الترجيح.

والضرب الثالث: أن يعمل بأحدهما دون الآخر فيكون عمله بذلك دليلا على أنه القول المختار. وأما الضرب الثاني: فهو إذا جمع بين القولين وأطلقهما ولم يميز أحدهما باختيار ولا ترجيح فهذا على ثلاثة أضرب:." (١)

"المعنى ففي المقيس عليه وصف يفارق به المقيس وهو الرضاء ؛ لأن للرضاء أثرا في إيجاب أصل المال وفضله فيجب **الأجر** بالتراضي فأما ضمان العدوان فمبني على أوصاف العين والرجوع إلى أوصاف المحل يوجب عدم **الضمان** ههنا فصار هذا القياس كما قيل مس الفرج حدث كما إذا مس وبال ، والغرض من إيراده هو الجواب عن العقد الفاسد ؛ لأن ما ذكر أولا إنما يصلح جوابا عن العقد الصحيح لا عن الفاسد ؛ لأن إثبات التقوم بطريق الضرورة إنما يكون في العقد الجائز دون الفاسد فيلزم منه أن لا تتقوم المنافع فيه كما في الإتلاف والغصب ، فأما إثبات التقوم والتزام المال بطريق التراضي فموجود في العقد الصحيح والفاسد بخلاف الإتلاف والغصب ، ثم الانفصال عن لزوم العقد الفاسد على ما ذكره أولا هو أن التقوم لما ظهر في حق العقد لا تميز فيه بين الصحيح والفاسد بل يؤخذ حكم الفاسد من الصحيح ولا يجعل الفاسد بنفسه أصلا .

قوله (ولأن التفاوت) قد ذكرنا أن التفاوت بين العين والمنفعة من وجهين أحدهما أن العين تبقى والمنفعة لا تبقى وثانيهما أن المنفعة تقوم بالعين لكونها عرضا والعين تقوم بنفسها فجمع الشيخ بين الوجهين بقوله بين ما تبقى وتقوم العرض به وبين العرض القائم به أي العرض الذي لا يبقى وهو مع ذلك قائم بغيره قوله (

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٣٤/٥٢

تفاوت فاحش) قال الشافعي رحمه الله التفاوت باعتبار البقاء لا يؤثر في المنع من إيجاب الضمان بعد المساواة في الوجود كما إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد نحو." (١)

"بالعبارة يصح بالإجماع فكذا بالإشارة فعملا بالقياس وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافه ، فإن أبا حنيفة رحمه الله شرط الإعلام فيما ذكرنا لجواز السلم وقال : بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في الحامل أنها تطلق ثلاثا للسنة قياسا على الآيسة والصغيرة ؛ لأن الحيض في حقها غير مرجو إلى زمان وضع الحمل كما هو غير مرجو في حق الصغيرة إلى زمان البلوغ فيجوز أن يقام الشهر في حقها مقام الطهر أو الطهر والحيض في كونه زمان تجدد آخر عنه بخلاف ممتدة الطهر ؛ لأن الحيض في حقها مرجو ساعة فساعة فلا يجوز إقامة الشهر في حقها مقام تجدد آخر عنه فعملا بالقياس ، وقال محمد : رحمه الله لا تطلق للسنة إلا واحدة بلغنا ذلك عن جابر وابن مسعود والحسن البصري رضي الله عنهم وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك وهو الذي لا يستحق الأجر إلا بالعمل كالصباغ و القصار إنه ضامن لما ضاع في يده إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها ، فأما إذا لم يكن الاحتراز عنه كالغرق الغالب والحرق الغالب والغارة العامة فلا ضمان فيه بالاتفاق ورويا ذلك أي وجوب الضمان عن علي رضي الله عنه ، فإنه كان يضمن الخياط والقصار صيانة لأموال الناس وخالف ذلك أي المروي عن علي أبو حنيفة رحمه الله بالرأي فقال : إنه أمين فلا يضمن شيئا كالأجير الواحد والمودع وذلك ؛ لأن الضمان نوعان : ضمان جبر وضمان شرط لا ثالث لهما." (٢)

"ثم الأحكام منقسمة إلى حق الله تعالى وحق العبد والذي اجتمع فيه الحقان /٩٧ إلى آخر الأقسام المذكورة في أول باب معرفة العلل والأسباب والشروط /٩٧ وبعضها مشروع في حق الصبي كحق العبد من الأموال فيكون أهلا لوجوبه وبعضها ليس بمشروع أصلا في حقه كالعقوبات فلا يكون أهلا لوجوبه فلم يكن بد من تفصيل الأحكام في حقه وترتيب الوجوب عليها وتقسيم الوجوب بحسب انقسامها فشرع في بيان ذلك بقوله فأما في حقوق العباد فما كان منها غرما كضمان الإتلافات وعوضا كثمن للبيع والأجرة فالصبي من أهل وجوبه وإن لم يكن عاقلا حتى لو أتلف مال إنسان أو اشترى له الولي شيئا أو استأجره له يجب عليه الضمان والثمن والأجرة لأن حكمه الضمير راجع إلى ما أو للوجوب أي حكم الوجوب في حقوق العباد يحتمل النيابة لأن المال هو المقصود في حقوق العباد دون الفعل إذ المقصود دفع الخسران

---

(١) كشف الأسرار، ٤٥٤/١

(٢) كشف الأسرار، ٨٣/٦

بما يكون خيرا له أو حصول الربح وذلك يكون بالمال وأداء وليه كأدائه في حصول هذا المقصود به فوجب القول بالوجوب عليه متى صح سببه بأن تحقق الإتلاف أو وجد البيع بشرائطه المال الواجب صلة هو الذي لا يستفاد به عوض .

أما نفقة الزوجات فلها شبه بالأعواض أجمعوا على أن نفقة المرأة لا تجب عوضا حقيقة لأن المعاوضة إنما تثبت فيما دخل تحت العقد بالتسمية بطريق الأصالة بدليل أن المعاوضة بالبيع إنما تثبت بين المبيع والثمن ولا تثبت بين حقوق العقد وثمراته ولا بين أوصاف المبيع والثمن وإن دخلت." (١)

"للصبي المحجور ولا للعبد المحجور أن يؤاجر نفسه لأن الإجارة عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وإنما ذلك إلى المولى أو الولي ولهذا لا يستحق تسليم النفس بهذا العقد لما فيه معنى الضرر .

فإن عمل الصبي أو العبد ففي القياس لا أجر له لأن العقد لم يصح ووجوب **الأجرة** باعتباره فإذا فصد لم يجب **الأجر** وفي الاستحسان وجب **الأجر** لكل واحد منهما لأن هذا العقد يتمحض منفعة بعد إقامة العمل فإنا لو اعتبرنا العقد استوجب **الأجر** ولو لم نعتبره لم يجب له **الأجر** والصبي أو العبد لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة كقبول الهبة والصدقة لأن الحجر لدفع الضرر ففيما لا ضرر فيه بوجه لا حجر فإن عطب العبد في العمل كان المستأجر ضامنا لقيمته لأنه غاصب له حين استعمله بغير إذن مولاه ولا أجر عليه لأنه ملكه **بالضمان** من حين وجب عليه **الضمان** وإنما أوجبنا **الأجر** عليه لنفع المولى ووجوب **الضمان** أنفع له من لزوم **ال أجر** بخلاف الصبي الحر فإنه وإن هلك في العمل فله **الأجر** بقدر ما قام من العمل لأن الحر لا يملك **بالضمان** فلم يكن بد من إيجاب **الأجر** فهذا معنى قوله ووجب أي **الأجر** للعبد أي لمولاه بشرط السلامة ولا يشترط السلامة في الحر قوله (وكذلك) أي وكالصبي أو العبد إذا أجر نفسه العبد إذا قاتل بغير إذن مولاه أو الصبي إذا قاتل بغير إذن وليه لا شيء له في القياس لأنه ليس من أهل القتال وإنما يصير أهلا له عند إذن المولى أو الولي فيكون حاله." (٢)

"إلى الآمر أيضا كما استقام نسبة الفعل إلى المكره بالإكراه كمن أمر عبده بأن يحفر بئرا في فنائه وهو سعة أمام البيوت اختص صاحب البيت بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وإيقاف الدابة وإلقاء الكناسة فيه وذلك الفناء موضع إشكال كما بينه في الكتاب وإنما قيد بالفناء ؛ لأنه لو كان في غير فنائه

---

(١) كشف الأسرار، ٢٩٢/٨

(٢) كشف الأسرار، ٣٣٣/٨

كان **الضمان** في رقبة العبد يدفع به أو يفدي كذا في المبسوط وكذلك أي وكأمر العبد إذا استأجر حرا للحفر في ذلك الموضع أو استعان بالحر على الحفر ولم يبين أنه ملكه أم لا فإن ضمان ما يعطب به أي بالحفر أو بالمحفور على الآمر استحسانا والقياس أن يجب **الضمان** على الأجير أو المعين ؛ لأنه باشر إحداثه في ذلك الموضع وصاحب الدار ممنوع عن إحداثه وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعله بنفسه .

وجه الاستحسان أن الأجير يعمل للآجر ولهذا يستوجب عليه **الأجر** وقد صار مغرورا من جهته حين لم يعلمه أن ذلك الموضع ليس في ملكه أو تصرفه وإنما حفر اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور ينقل فعلهم إلى الآمر فيصير كأنه حفر بنفسه وإذا كان الحفر في جادة الطريق لا يشكل حله أي يعلم أنه ليس في فنائه بطل الأمر ؛ لأنه غير مالك للحفر بنفسه في ذلك الموضع وإنما يعتبر أمره لإثبات صفة الحل به أو لدفع الغرور عن الحافر وقد عدما جميعا في ذلك الموضع فسقط اعتبار أمره فاقتصرت الجناية على المباشر فكان **الضمان** عليه وكذلك أي وكالحر المستأجر من قتل عبد." (١)

" خرجت مستحقة فقرار **الضمان** على الواقف لتغريره فإن عجز عنه فكل من انتفع به غرم فإن أجر الناظر وأخذ **الأجرة** وسلمها للعلماء فرجوع مستحق الملك على المستأجر لا على الناظر ولا على العلماء ورجوع المستأجر على من وصلت دراهمه إليه قاله الغزالي في فتاويه

إذا اجتمع الممسك والقاتل

هو ضربان الأول ما يلغو معه فعل الممسك وذلك في بابين

أحدهما القصاص إذا أمسك شخصا فقتله آخر فالقصاص على القاتل تقديما للمباشرة على السبب

ثانيهما الإحرام إذا أمسك محرم صيدا فقتله محرم آخر فالأصح أن الجزء كله على القاتل لأنه المباشر وقيل عليهما نصفان لأنهما من أهل ضمانه وصحح النووي رحمه الله في موضع آخر من شرح المهذب أنه يجب على القاتل والممسك طريق في **الضمان** وفرق القاضي أبو الطيب بينهما في باب الغضب بأن مسألة المحرم ضمان يد وليس بضمان إتلاف فأما في ضمان الإتلاف فإن الحكم يتعلق بالمباشر دون المتسبب ولا يرد الإكراه في القتل لأنه سبب ملجيء

الثاني ما لا يلغو كما إذا أمسك الكافر في الحرب واحد وقتله آخر ." (٢)

---

(١) كشف الأسرار، ٢٣٣/٩

(٢) المنثور، ١٣٦/١

" والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد ان ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه اذ جعل مقابلة شرعا كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة

وكذلك المسلم فيه فإنه لو فسخ أو انفسخ رجع الى رأس المال لا الى قيمة المسلم فيه

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة الرافعى في كتاب الصداق في ضمن تعليل القديم في ضمان الصداق أن ما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكحون مضمونا ضمان يد كما لو غصب البائع المبيع من المشترى بعد القبض يضمنه ضمان اليد وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق فليكن مضمونا ضمان يد

السادسة

المضمون في الشريعة على خمسة أقسام

الأول أن يضمن بالبدلين المثل والقيمة جميعا وذلك في الصيد المملوك اذا قتله المحرم أو الحلال في الحرم فأنه يضمنه بالقيمة للمالك وبالمثل الصوري لحق الله تعالى وصورته في المحرم اذا استعار صيدا مملوكا من حلال وتلف عنده فان كان مغصوبا وتلف عنده بعد الاستعمال لزمه مع ذلك **الأجرة** فيزداد وجه **الضمان**

الثاني ما يضمن بالقيمتين وذلك في صورتين ." (١)

"وقال "شمس الأئمة السرخسي": إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته/(١)، ومن ادعى

....

تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة لأن الأصل متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل/(٢) في هذه الحالة يجب عليه **الضمان**، فلا يصدق في الإسناد إلى حالة منافية إلا بحجة والصحيح هو الأول، وهو اختيار فخر الإسلام "علي البزدوي"(٣) و"الصدر الشهيد" وله نظائر/(٤).

قلت: ومما خرج عن القاعدة وهو أن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته، ما في «جامع الفصولين»(٥): ((هلك المستأجر على حفظه، فقال الأجير: هلك بعد تمام السنة فعليك أجر السنة، وقال المستأجر هلك

---

(١) المنثور ٢/٣٣٣

بعد شهر واحد، فالقول للمستأجر، لأنه ينكر وجوب **الأجر** عليه فهذه قد خرجت عن قاعدة الأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات، فينبغي أن يصدق الأجير، يقال الأصل المذكور ظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، وغرض الأجير أخذ **الأجر** فلا يصلح له)) كذا ذكره [الغزي](٦) ، وقوله: هلك المستأجر على حفظه بفتح

---

(١) بداية ٢٤٠ من النسخة (ج).

(٢) بداية ١٣١/أ من النسخة (أ).

(٣) علي البزدوي: علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبوالحسن. فخر الاسلام البزدوي، ولد عام٤٠٠ هـ وتوفي عام ٤٨٢ هـ فقيه أصولي، من سكان سمرقند، من أكابر الحنفية، له تصانيف منها /كنز الوصول/ في أصول الفقه يعرف بأصول البزدوي وغناء الفقهاء في الفقه، وتفسير القرآن، وشرح الجامع الكبير للشيباني. ينظر: الأعلام للزركلي ٣٢٨/٤، ٣٢٩، معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة ١٩٢/٧.

(٤) بداية ١٠٩/أ من النسخة (د).

(٥) جامع الفصولين لابن قاضي سماوه ٢٤٦/١.

(٦) العبارة في (أ) كذا ذكره القدسي.." (١)

"٣ قال في "منح الجليل" "٧/ ٥١٣": "وقد أسقط النبي -صلى الله عليه وسلم- **الضمان** عن **الأجراء**، وخصص العلماء من ذلك الصناع؛ وضمنوهم نظرا واجتهادا". وقال المؤلف في "الاعتصام" "٢/ ٦١٦، ط ابن عفان": "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، وقال علي: "لا يصلح الناس إلا هذا"١، ووجه المصلحة أن الناس لهم حاجة إليهم، وهم يغيبون عن الأمتعة، ويغلب عليهم التفريط، فلو لم يضمنوا مع مسيس الحاجة إليهم؛ لأفضى إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا بدعواهم الهلاك؛ فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة؛ فكانت المصلحة التضمين" ا. هـ.

---

(١) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢٠١

١ أخرجه ابن أبي شيبة "٦/ ٢٨٥"، وشريح في "القضاء" "ق ٥٧/ ب"، وابن حزم "٨/ ٢٠٢"، والبيهقي "٦/ ١٣٧".." (١)

---

(١) الموافقات. ط ابن عفان - مشهور حسن، ٣٩٨/٨

الشركة في النقدين: ٣/ ٤٨٣

شركة الأثمان: ١/ ٢٧٦

- الضمان: ٣/ ٧٤

الملك والضمان: ١/ ٤٠٢." (١)

"٦. (لا يجتمع الأجر والضمان) فانظر إلى هذه القواعد كيف أحكم نسجها وصقلت صياغتها وإن منها ما يماثل تماما الأسلوب الذي راج وشاع في كتب المتأخرين عند التقعيد على سبيل المثال قوله: (لا يجتمع الأجر والضمان) فقد عبرت عنه (المجلة) بالصيغة نفسها تقريبا وهي: (الأجر والضمان لا يجتمعان).

وعلى ذلك المنوال جرى الإمام المذكور في مواضع من كتابه (الحجة) أيضا فعلى سبيل المثال نجده في كتاب البيوع من الكتاب المذكور يتطرق إلى مسائل كثيرة ثم في الختام يضع قاعدة مهمة فيقول:

٧. (كل شيء كره أكله والانتفاع به على وجه من الوجوه فشراؤه وبيعه مكروه، وكل شيء لا بأس بالانتفاع به فلا بأس ببيعه). وعلى غرار ما سبق لما قلبنا النظر في كتاب (الأم) الذي أملاه الإمام الشافعي رحمه الله (٢٠٤ هـ)، على بعض أصحابه وجدناه أحيانا يقرن الفروع بأصولها، وتلك الأصول في الغالب لا تعدو أن تكون ضوابط فقهية ومن الخليق بأن نسميها (كليات) باعتبار بدايتها ب(كل).

ويجانب ذلك هناك قواعد فقهية يمكن إجراؤها وتطبيق الفروع عليها في كثير من الأبواب، وهي آية بينة على رواسب هذا العلم في أقدم المصادر الفقهية، ورسوخ فكرة التعليل والتأصيل للأحكام عند الأئمة الأولين.

وإليك نماذج متنوعة من الكتاب المذكور:

١. (الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه):

هذه القاعدة جرت على لسان الإمام الشافعي عند تعليل بعض الأحكام المتعلقة بالإكراه كما جاء في الكتاب المذكور تحت عنوان: (الإكراه وما في معناه). قال الشافعي رحمه الله، قال الله عز وجل: (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان). النحل، آية (١٠٦).

ثم أضاف إلى ذلك قائلا: (وللكفر أحكام كفراق الزوجة وأن يقتل الكافر ويغنم ماله، فلما وضع الله عنه،

---

(١) الموافقات. ط ابن عفان - مشهور حسن، ١٢/٤٠٩

سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه وما يكون حكمه بثبوته عليه)..". (١)

"شرع حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار.

وشرع الحجر على السفيه لدفع الضرر سوء تصرفاته المالية.

وشرع الحجر على المفلس منعا للضرر عن الدائنين.

وحق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن، أو يوكل وكيلا بالخصومة.

وشرع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة، بناء على طلب أحد الشركاء دفعا لضرر شركة الملك.

ولو امتنع الأب من الإنفاق على ولده القاصر أو العاجز، يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد.

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه إذا مست الضرورة، لقوله عليه الصلاة والسلام: (من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه). الحديث رواه الترمذي في الحدود، وكذلك ابن ماجة باختلاف لفظ، النسائي في كتاب التحريم).

لأنه باغ فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته.

وكذلك للمضطر أن يأكل مال غيره حفاظا على حياته، لكن عليه **الضمان**، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان، ولأن الاضطرار لا يبطل حق الغير كما سبق بيانه.

ومنها أن الأجير الذي لعمله أثر في العين، كالصبغ مثلا أو الخياطة، إذا حبسها لقبض **الأجرة** فهلكت، يلزمه **الضمان** لكن له **الأجر**، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان.

-- القاعدة الكلية الفرعية الثانية:

قاعدة: (الضرر يزال):

هذه القاعدة تفيد وجوب إزالة الضرر ورفعه بعد وقوعه.

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها:

إذا سلط إنسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين، فإنه يزال، وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو حفر بالوعة أو غير ذلك.

وكذلك يضمن المتلف عوض ما أتلف للضرر الذي أحدثه.

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٢٥/١

وإذا طالت أغصان شجرة لشخص وتدلت على دار غيره فأضرته يكلف رفعها أو قطعها.

وقد شرع كثير من الخيارات في بعض العقود لإزالة الأضرار الواقعة على أحد المتعاقدين، كخيار العيب وخيار الغبن.

-- القاعدة الكلية الفرعية الثالثة:

قاعدة: (الضرر لا يزال بمثله).

أو الضرر لا يزال بالضرر).." (١)

"ولهذا ترى كثيرا من العلماء خالفوا ما نص عليه المجتهدون في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنهم، لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبهم.

أمثلة وفروع على القاعدة:

إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين، إذ لو اشغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذلك على الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك.

ومن ذلك تضمين الساعي بالفساد، مع أن ذلك مخالف لقاعدة (الضمان على المباشر دون المتسبب) ولكن أفتوا بضمانه زجرا بسبب كثرة السعاة المفسدين.

وتضمين الأجير المشترك.

وقولهم: إن الوصي ليس له أن يضارب في مال اليتيم والوقف، وبعدم إجارته دور اليتيم والوقف لأكثر من سنة، والأراضي لأكثر من ثلاث سنين، مع مخالفة ذلك لاجتهادات كثير من الأئمة بعدم الضمان وعدم التقدير بمدة.

ومن ذلك منع النساء عما كن عليه في زمن صلى الله عليه وسلم من حضور المساجد لصلاة الجماعة.

وإفتاؤهم بمنع الزوج من السفر بزوجته بغير رضاها، وإن أوفاها المهر المعجل.

وعدم قبولهم قول الزوج: إنه استثنى بعد الحلف بطلاق زوجته، أي قوله بعد الطلاق: إن شاء الله، إلا ببينة

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٢/٥

لفساد الزمان.

إلى غير ذلك من الشواهد على تغيير الأحكام لتغيير الأعراف والأحوال.." (١)

"فما يتفق مع النص ويساير القياس فهو أولى بالاعتبار من المخالف.

وحاصل القاعدة: أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ولا لنصوص الفقهاء، يعد حجة كبيع السلم وعقد الاستصناع مثلا، فقد اتفق الفقهاء على جوازهما لما مست الحاجة إليهما مع أنهما في الأصل غير جائزين لأنهما بيع معدوم.

ملحوظة: قد يعتبر استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء إذا كانت هذه النصوص مبنية على العرف أو على ضرب من الاجتهاد والرأي، فبتبدل العرف لا مانع من تبدل الحكم إذا كان الاستمرار على الحكم السابق فيه ضرر ومشقة تصيب العباد.

فمن ذلك: عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أو حنيفة رحمه الله من الاكتفاء بظاهر العدالة، وبناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة على الناس، ولكن أبا يوسف ومحمدا نصا على أنه لا يكتفي بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما، وعلى ذلك فقهاء مختلف المذاهب.

ومن ذلك تضمين الساعي (أي النمام) بالفساد بين الناس ما أتلف بسبب سعايته مع مخالفة ذلك لقاعدة: (**الضمان** على المباشر دون المتسبب)، ولكن لكثرة السعاة المفسدين أفتوا بتضمينه.

وسيأتي مزيد من الأمثلة على ذلك حين الحديث عن قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان).

من أمثلة هذه القاعدة وفروعها:

إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار، وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة، فينظر تعامل أهل السوق، فإن كان معتادا في مثل هذه الحال أخذ أجرة كصاحب مكتب عقاري، فللمستعان به أخذ **الأجرة** المثلية من المستعين وإلا فلا.

وإذا تقاول ملاح مع نجار على أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار بعد بيان الثمن المطلوب، انعقد الاستصناع.." (٢)

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٢٢/٢

(٢) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٢٧/٢

"وعند الإمام أبي حنيفة أنه لا يلزم تزكية الشهود ما لم يطعن فيهم الخصم، اكتفاء بظاهر العدالة، وأما عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد فيجب على القاضي تزكية الشهود بناء على تغير أحوال الناس.

كذلك أفتى المتأخرون بتضمين الساعي بالفساد لتبدل أحوال الناس مع أن القاعدة (إن **الضمان** على المباشر دون المتسبب)، وهذا لزجر المفسدين، كما سبق بيانه.

كذلك جواز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا، مع أنه مكان معد للعبادة ينبغي أن لا يغلق، وإنما جوز الإغلاق صيانة للمسجد عن السرقة.

ومن ذلك أيضا قبول شهادة الأمثل فالأمثل، وجواز أخذ **الأجرة** على أداء الشعائر وتعليم القرآن، والتقاط ضالة الإبل زمن عثمان رضي الله عنه.

(ب) أمثلة للأحكام التي تغيرت لتغير العادات وتبدل المصالح وتطور الزمن.

منها نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن كتابة حديثه، ثم انصرف العلماء إلى تدوين السنة بأمر أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رحمه الله.

ومنها كتابة القرآن الكريم في الورق ثم طباعته بعد ذلك وإعجامه بعد أن كان مجردا.

ومنها إنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة والجامعات بأنواعها ونظمها المختلفة.

ومنها إنشاء المستشفيات والوزارات المتخصصة.

ومنها إنشاء المحاكم على درجات مختلفة.

ومنها اعتبار عقد الملكية حين التسجيل ولو لم يتسلم المشتري العقار أو يخليه له البائع.

إلى غير ذلك من التصرفات والأحكام.

-- القاعدة الكلية الكبرى السادسة:

وهي قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله):." (١)

"يصلح للاستحقاق وهي تدعي به الاستحقاق في المسألتين،[ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع، فكان القول قولهم في](( )ما بين المعقوفين ساقط من (أ)،(ب).) المسألتين فإن قلت يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض(( )النقض في اللغة: إفساد ما أبرم من عقد أو بناء أو عهد، ويأتي بمعنى الهدم، يقال: نقض البناء أي هدمه. والنقض اصطلاحا: أن يوجد الوصف المدعى عليه ويتخلف الحكم عنه، ومثاله قولنا: من لم يبيت النية تعرى أول صومه عنها فلا يصح، لأن الصوم عبارة عن إمساك النهار

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٣٩/٢

جميعه مع النية، فيجعل العراء عن النية في أول الصوم علة بطلانها، فيقول الخصم: ما ذكرت منقوض بصوم التطوع فإنه يصح من غير تبييت. ينظر: أصول السرخسي ٢٠٨/٢، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٦٩/٢، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير حاج٢٦٣/٣، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي ٣٤٠/٢، المستصفى للغزالي ٣٣٢، شرح الكوكب المنير للفتوحي٤٩٣.).

فمنها: ما إذا كان في يد رجل عبد، فقال رجل: فقأت عينه وهو في ملك البائع، وقال المشتري فقأته وهو في ملكي، كان القول للمشتري، فيأخذ أرشه منه، وجه الإيراد أنه استحق بالظاهر(( )ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٠٠/٤، مجمع **الضمانات** للبغدادي/٣٥٧/.).

ومنها: ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة، وحكما الحال وكان/(( )بداية ١٠٨/أ من النسخة (د).) جاريا في الحال يستحق **الأجرة** بهذا الظاهر.

ومنها أن المرأة إذا ادعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فارا، وقالت الورثة: أبانها في الصحة فلا ترث، كان القول قولها فترث.

....

فهذه المسائل ترد على قولكم الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

قلت: أجيب عن/(( )بداية ٢٣٨ من النسخة (ج).) ذلك:." [(١)]

"ومنه يعلم أن الحكم في الأمة بالنسبة للغلة القائمة كالحكم في العبد بلا فرق بينهما خلافا لما ذكره "المحشي"(( )أي الحموي.) من التفرقة بينهما، وحينئذ يستغنى عن الفرق الذي ذكره، والحاصل أنه لا خلاف في أن المولى لا يضمن المستهلك من الغلة بخلاف المستهلك من الاكتساب، فإنه يضمنه عندهما لا عند "محمد"، كما لا خلاف أيضا في أنه يضمن ما كان قائما بعينه سواء كان من الغلة أو من الاكتساب، واعلم أن المراد بالغلة ما يستحقه العامل بمقابلة العمل، وهو(( )في (ب) وهي.) المسمى **بالأجرة**، بخلاف الاكتساب فإنها هي التي طريق تحصيلها التجارة.

واعلم أن ما سبق عن «العناية» من قوله: ((وفي وجه اختلفوا، وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها))(( )العناية شرح الهداية ٣٥١/١٠.) ، يعني فعندهما يضمن لا عند "محمد" ليس على إطلاقه بل بالنسبة لغير/(( )بداية ٩٥/أ من النسخة (ب).) المديون، وإلا فلا خلاف "لمحمد" في أن المولى يلزمه ضمان قطع يدها إذا كانت مديونة ولا خصوصية للأمة المديونة، بل العبد المديون كذلك حتى يلزم المولى **الضمان**

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢٠٩/٢

بقطع يده لتعديه على محل تعلق به حق الغرماء، بخلاف/( )بداية ١١١/ب من النسخة (د).) العبد إذا قطع يد( )في (أ) يده.) سيده حيث لا يلزمه شيء؛ لأن السيد لا يستوجب على عبده مالا بوجه، أما العبد فقد يستوجب على سيده مالا إذا كان مديونا نظرا لحق الغرماء، فظهر الفرق.

١٦٧= عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمه الله ذكره قبيل الشهادات.

١٦٨= وتحتاج هذه المسائل إلى نظر دقيق للفرق بينها.

والحكم في الأمة إذا قطعت يد سيدها كالحكم في العبد، وبهذا التقرير يحصل الجمع في كلامهم ويندفع عنه التنافي.." (١)

" صفحة رقم ٥٠١

فارغ .

" هامش "

وإذا دفع ثوبا إلى خياط ليقطعه ، أو يخيطه ، فخاطه قباء ، ثم اختلفا فقال الخياط :

أمرتني بقباء ، وقال : بل بقيمص ، ففيه الطريقة المشهورة في المذهب .

والأصح أن القول قول المالك .

وقيل : قول الخياط .

فإن قلنا : قول الخياط ، إذا حلف لا أرش عليه قطعا ولا أجرة له على الأصح .

وقيل : يجب له المسمى إتماما لتصديقه .

وإن قلنا قول المالك ، فإذا حلف فلا أجرة عليه ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب .

وقيل : وجهان كما في وجوب **الأجرة** تفريعا على تصديقه الخياط .

والفرق على المذهب أن القطع يوجب **الضمان** إلا أن يكون بإذن ، وهو غير موجب أجرة إلا بإذن .

وفي الرافعي عن ' فتاوي البغوي ' أنه لو تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيبا ، ثم اختلفا فقالت : كنت بكرا فافتضني ، وقال : بل كنت ثيبا ، فالقول قولها ؛ لدفع الفسخ ،

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢/٢٢٧

وقوله ؛ لدفع كمال المهر .

التاسع : قال أصحابنا : لو كان معه ماء ونحوه مما أصله الطهارة ، وتردد في نجاسته ، فلا يضر تردده ، وهو باق على طهارته ، وسواء أكان التردد مستويا أو ترجح احتمال النجاسة ، إلا على قول ضعيف أنه إذا غلب على ظنه النجاسة حكم بها ، [وكذلك] لو شك في طلاق أو عتق أو حدث أو حيض ، ونحو ذلك ، هذا كله ما لم يستند الظن إلى سبب معين ، فإن استند كمسألة بول الحيوان في ماء كثير إذا تغير .

ومسألة المقبرة المشكوك في منشئها ، وبيان المتدينين باستعمال النجاسة ، ومسائل تعارض الأصل .

والظاهر كلها أحكام معروفة ، ففي بعضها يعمل بالظاهر جزما كمسألة بول الحيوان ، وشهادة شاهدين .." (١)

"يعني: إذا امتثل المأمور فالأمر الشرعي على ما أمر به الشرع قام صلى مستوفيا لشروطها وأركانها وواجباتها بعد أن انتهى هل سقطت الصلاة هل يعد أنه ممتثل فسقط الطلب فأسقط القضاء أو لا؟ سقط القضاء أو لا؟ نقول: سقط القضاء ولا يعرف عن السلف مخالف في هذه وإنما نقل عن قول عبد الجبار وأبي هاشم قالوا: لا يسقط قضاءه لأنه يحتمل أن يكون الحقي ماذا؟ أوجبت عليك الصلاة فإذا امتثلت ثبت الأجر وعليك القضاء هكذا يقولون: يقول: يجوز عقلا إذا مشى عقليا عقلانيا يقول عندهم شرط يقولون: يجوز عقلا أن يكون حقي أن يكون أوجبت عليك الصلاة فإذا امتثلت أنت مثاب ويجب عليك أن تقضي إذن لو امتثل الممتثل صام شهر رمضان حينئذ نقول: قد وأتى بشروطه وأركانه ولم يأت بمفسد نقول: قد امتثل وأجزأ وأسقط الطلب وسقط القضاء، وعلى قول عبد الجبار وأبي هاشم لا يجب عليه أن يقضي لماذا؟ لعدم وجود دليل يدل على أجزاء الأول وعلى هذا يلزم ماذا؟ يغني عن ال ... كما يقول ابن حزم في ((تشنيف المسامع)) فساده يغني عن ... يعني: لا يحتاج إلى ... معه لماذا؟ لأنه يلزم عليه أنه من صلى الفجر من صلى الفجر منذ سنة إلى اليوم يلزمه أن يقضي لا بد من دليل حتى يأتي ويقول أن الصلاة تكون .. سنة وسنتين وثلاث أنها وقعت ممتثلة (وحيثما إن جيء) يعني: فعل المأمور به بالمطلوب على وجه الشرع (يخرج) المأمور به (يخرج) المأمور (به) أي: بهذا الفعل المستوفي للشروط على ... الوجوب لأن الفعل الواجب إذا انعقد سببه حينئذ إن كان متعلقا بالرب جل وعلا لا تقرأ ال ... إلا بفعله

---

(١) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ٥٠١/٤

مستوفيا للشروط فإذا فعله مستوفيا للشروط دون أركانه والواجبات نقول قد وقع من مجزئا وحينئذ أسقط القضاء فلا يقال ... أما إذا طولب بإعادة فهو إما لفساد اعترى الجبال وإما لنص في الشروط والأركان (عن عهدة الوجوب) أي: أمر فساد ... ... إذن نقول المكلف إذا أتى بالمأمور على الوزن المشروع هذه يستلزم الأجزاء وهذا لا خلاف عند السلف لماذا لأن الأصل براءة الجملة من جميع التكاليف هذا الأصل، الأصل أن يجيبه عدم الوجوب عدم الوجوب فإذا دل الدليل على الوجوب نقول الع .. السبب فحينئذ شبهت الذمة بهذا الفعل ولا تبرأ الذمة إلا بفعله على الوزن المشروع فإذا فعله نقول: برأت ذمته وهذا في حقق الرب جل وعلا أما العباد فقد يكون فيه الأموال **والضمانات** هذا يحدث بال ... يعني: تحدث البراءة في الذمة بالإبراء نقول أبرأت اثنين من ... فقط وإلا لا تبرأ ذمة إلا بتسليمه فإذا فعله وعادت الذمة إلى الأصلي وهو البراءة.

الثاني: لو لم يحصل الإجزاء فهذا يتعين لو لم يحصل الأجزاء بالامتثال ولم يسقط القضاء لزم منه الامتثال طول عمره ولا قائل فيه، لزم من ذلك على قول القاضي عبد الجبار و .. هاشم لزوم الامتثال طول عمره ولا قائل به من ...

وحيثما إن جيء بالمطلوب ** يخرج به عن عهدة الوجوب." (١)

"واختلف في مكره أما الأول فهي يحتاج أن يكون يعني فيه خلاف هو لكن بعضهم يحكي الإجماع وفيه نظر، وصوب امتناع أن يكلفا ذو غفلة وملجأ هؤلاء غير مكلفين واختلفا في مكره والمكره كما سيأتينا على نوعين، ومذهب الأشاعرة جوازه السبكي أشعري إذن قال ومذهب الأشاعرة جوازه وقد رآه أحمد رآه من ابن السبكي يعني: اختار هذا القول آخرا بعدها رد عليه في ((جمع الجوامع)) البالغ العاقل الذاكر غير الملجأ، البالغ هذا احتراز من الصبي، العاقل هذا احتراز من المجنون، هذا محل الإشكال الصبي والمجنون ليسوا أو ليسا بمكلفين ومع ذلك وردت أحكام شرعية متعلقة بمال الصبي ومال المجنون وما يترتب على إتلاف الصبي وإتلاف المجنون الزكاة صبي عنده بلغ النصاب وحال عليه الحول ما حكمه أفتونا مأجورين تجب الزكاة أو لا تجب؟ تجب الزكاة إذن تعلق خطاب الله بفعل غير مكلف وهو إيجاب الزكاة أليس كذلك؟ كذلك المجنون مجنون عندهم ماذا؟ بلغ النصاب وحال عليه الحول نقول: وجبت الزكاة وهو مجنون ونحن نقول: (خطاب الله) متعلق بفعل المكلف إذن غير المكلف كالصبي والمجنون لا إيجاب في مالهما ولا إيجاب في ما يترتب على إثباتهما كذلك لو أتلف صبي مالا محترزا صعد على سيارة فكسر

---

(١) شرح نظم الورقات، أحمد بن عمر الحازمي ٢٣/٢٤

الزجاج يضمن أو لا يضمن؟ يضمن كذلك المجنون لو خرج من بيته وأتلف للناس أمورا يضمن أو لا يضمن؟ يضمن حد الصبي لو حد الصبي يؤجر أو لا يؤجر، يؤجر لأنه فعل ذنب كيف يقول هو مندوب في حقه الحج ويترتب عليه **الأجر** ثم نقول: (خطاب الله) المتعلق بفعل المكلف هو ليس مكلفا كذلك الصلاة مندوبة من الصبي بيعه يصح أو لا يصح؟ المذهب لا يصح إلا في اليتيم بإذن وليه على من صحح بيع الصبي صح بيعه والصحة عندهم عند بعضهم أو على ما جرى عليه الناظم كما جرى عليه الناظم تبع الأصل إنها من الأحكام التكلفية إذن صح بيعه، صبي كافر يعني: بلاد الكفر فقال أشهد أن ل ا إله إلا الله صح إسلامه أو لا صح إسلامه إذن نقول قوله: بفعل المتعلق بفعل المكلف اعترض عليه ببعض الأحكام الشرعية المتعلقة بفعل الصبي والمجنون وألحق بعضهم البهيمة قالوا: إنسان عنده بهيمة فخرجت في الليل غير مفرط أو خرجت وهو مفرط كلام آخر يعني: أغلق ما يسد على البهيمة فكسرت الباب وخرجت وآذت الناس يضمن أو لا يضمن؟ لا إن كان مفرطا فيضمن وإن كان ليس مفرطا أخذ بالأسباب في حفظها فلا يضمن فإذا قلنا **بالضمان** فيما إذا فرق **الضمان** على من؟ على المفرط طيب البهيمة هي التي فعلت فنقول خطاب الله المتعلق بفعل المكلف هنا أخرج غير الآدميين أصلا الجواب عن هذه حتى قال بعض من أولى أن يبدل هذا اللفظ فيقال المتعلق بفعل العبد ليشمل الصبي والمجنون ويلحق قياسا البهيمة والجواب عن هذا أن يقال إن أي حكم يتوهم أنه صادر من الشرع مرتبا على فعل الصبي أو المجنون فالخطاب في الأصل إلى ولي الصبي والمجنون لا إلى الصبي والمجنون فإيجاب الزكاة في مال الصبي هذا ليس حكما شرعيا من حيث ذاته وإنما الشرع ربط الأحكام بأسبابها ملك النصاب هذا ليس حكما تكليفيا لما نظر الشرع إلى المصلحة المترتبة على الزكاة شدت حالة الفقراء عمم الحكم ولم ينظر إلى ذات المكلف فمتى ما وجد ملك النفاق مع." (١)

"كذلك يقبل قوله في التلف، فلو تلف الذي بيد الوكيل وقال الموكل: أنت مفرط فعليك **الضمان**. فقال الوكيل: لم أفرط. فلا ضمان عليه. فالقول قول الأمين الوكيل، فالقول قول الوكيل لأنه أمين إلا إذا خالف العادة، فإن خالف العادة فإنه لا يقبل قوله ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أما في الرد ففيه تفصيل، بمعنى أنه رد عليه المال أو لا، هل يقبل قول الأمين مطلقا. المصنف قال: (في التصرفات أو التلف). ولم يذكر الرد، لأنه أراد قاعدة مطلقة لا تقيد، وأما الرد ففيه تفصيل، فإن كان الأمين له حظ ومصلحة بما في يده مما ائتمن عليه لم يقبل قوله في الرد، لأن الأمين باعتبار المصلحة في المال إما أن تكون باعتبار

---

(١) شرح نظم الورقات، أحمد بن عمر الحازمي ١٢/٦

النوعين معا أو باعتبار المالك فقط، أو باعتبار الأمين فقط، المستعير مثلا الذي استعار كتابا أو سيارة، المعير هل له فائدة في ذلك غير **الأجر** من الله عز وجل هل له فائدة؟ الجواب: لا، إنما المستعير محض الفائدة له هو الذي يستفيد من الكتاب فيقرأ أو السيارة فيركب أو نحو ذلك، حينئذ فالإعارة الفائدة فيها والمصلحة والنفع إنما هو للمستعير فقط دون المالك، والمالك ليس له حظ في الدنيا إلا **الأجر** الذي ترتب عليه في الآخرة أو قد يترتب عليه شيء في الدنيا. قال: فإن كان الأمين له حظ ومصلحة بما في يده مما اؤتمن عليه لم يقبل قوله في الرد. مثاله إذا ادعى المستعير رد العارية إلى المعير فإنه لا يقبل قوله. يعني: أخذت من عندي كتاب، يا زيد أين الكتاب؟ قال: رددته لك. قال: أنا لا أذكر. يقبل قول من؟ لا يقبل قول الأمين هنا وإنما يقبل قول المعير. مثاله إذا ادعى المستعير رد العارية المعير فإنه لا يقبل قوله لأن الحظ للمستعير والمعير ليس له إلا حظ في الآخرة وهو **الأجر**، وإذا ادعى المستأجر رد العين إلى المؤجر، المستأجر والمؤجر النفع والمصلحة لمن هنا؟ لهما معا، سيأخذ مالا سيؤجر الشقة مثلا أو يؤجر السيارة سيأخذ مالا، وكذلك الآخر الأمين سيستفيد إذا كل منهما له مصلحة ومنفعة، هذا فرق بينه وبين الحال السابقة، وإذا ادعى المستأجر رد العين إلى المؤجر فإنه لا يقبل لأن الحظ للمستأجر، إذا ادعى المستأجر رد العين إلى المؤجر فإنه لا يقبل، يعني: لا يقبل قول الأمين، المستأجر الذي بيده العين المؤجرة هو أمين عليها حينئذ هل يقبل قوله في الرد أم لا؟ الجواب: لا، فإذا استأجر سيارة قال: رددتها. قال صاحبها: لا. نقبل قول صاحب السيارة، وإن كان الحظ لغيره وهو المالك فقط قبل قوله في الرد. مثاله إذا ادعى المودع رد الوديعة إلى مالكها، عكس المستعير، المستعير الحظ فقط للأمين المستعير، وأما المالك ليس له حق، الوديعة الأمانة خذ هذا أمانة عندك، هل لك أنت فائدة؟ ليس لك فائدة إلا **الأجر** وإنما الحظ هنا لمن؟ للمودع. المودع الذي وضع الأمانة المال له يخاف عليه ويخشى عليه وأما الذي في يده المال أمانة ووديعة هذا ليس له حظ إلا **الأجر** فقط يعني: كالمعير شأنه شأن المعير، فهي عكس المسألة السابقة وإن كان الحظ لغيره وهو المالك قبل قوله في الرد يعني: قول من؟ قول الأمين.." (١)

"(ومن ذلك الرجوع إلى قيمة المثل في المتقومات والمتلفات **والضمانات**، وغيرها) كالرهن وهذه لها قاعدة مستقلة، يأتي إن شاء الله تعالى (الرجوع إلى قيمة المثل) مراده إلى قيمة مثل الشيء الذي تلف، وأما إذا كان المتلف مثليا فيرجع فيه إلى مثله لا إلى قيمته، قال هنا: (والرجوع إلى مهور المثل لمن وجب لها مهر ولم يسم). عقد عقد النكاح بشروطه وأركانه لكنه لم يسم المهر، كيف نسمي؟ نرجع إلى العرف،

---

(١) شرح القواعد والأصول الجامعة، أحمد بن عمر الحازمي ٨/١٠

وكل بلد يتعارفون على مهر لأوساط أناس، فحينئذ إذا لم يسم في عقد النكاح المهر رجعنا إلى مهر المثل، يعني: هي نفسها زوجة من الناس عقد عليها فلم يسم لها مهر مثلها أختها مثلا، حينئذ ينظر في أختها في عمتها في خالتها كم سمي لها من المهر فيكون لها مهر المثل مثلها، أو سمي تسمية فاسدة يعني: سمي مهر لكن أراد أن يضع مهرا وهو محرم كالخمر مثلا أو خنزير قالوا: هذه تسمية. سمى المهر لكنه لا يصح شرعا، فحينئذ هذه تسمية فاسدة فيبطل هذا المهر المسمى ويجب مهر المثل، وكذلك الرجوع إلى أجرة المثل في الإيجارات التي لم تسم فيها **الأجرة**، عقد عقد على غرفة أو سيارة أو نحوها ولم يسم مقدار **الأجرة** حينئذ إذا اختلفا نرجع إلى العرف، أو سميت **الأجرة** تسمية غير صحيحة، فإذا هذه المسائل كلها يرجع فيها إلى العرف، ولهذا قال المصنف: (وفروع هذا الأصل لا تحصى)..." [1]

"القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه – الخراج **بالضمان** والجواز الشرعي ينافي **الضمان**

القواعد الفقهية يندرج تحتها كثير من المسائل أو الفروع الفقهية، فهي تسهل للطالب معرفة الحكم الشرعي، ومن هذه القواعد الفقهية قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والميسور لا يسقط بالمعسور، والزعيم غارم، وقاعدة **الأجر والضمان** لا يجتمعان، وقاعدة الجواز الشرعي ينافي **الضمان**." [2]

"قاعدة **الأجر والضمان** لا يجتمعان

وهناك قاعدة أخرى، وهي: **الأجر والضمان** لا يجتمعان.

وهذه مهمة جدا، فمثلا رجل عنده معرض سيارات للإيجار فيأتيه رجل يستأجر السيارة لمدة يوم أو يومين أو ثلاثة أيام، وبعد ما أعطاه **الأجرة** أخذ السيارة فسار بها ساعة ثم حصل لها حادث فتلفت، فلا يضمن المستأجر شيئا؛ لأن **الأجر والضمان** لا يجتمعان، وذلك بشرط عدم التعدي وتكون قد تلفت بقدر الله جل في علاه، كالجائحة التي تقع على الثمر.

ومثلا: رجل وجد سيارة فأعجبته، وكان عنده مفتاح ففتح الباب، ثم دخل فأخذ السيارة غصبا وذهب بها إلى الفقراء من أجل أن يبيعها ثم يوزع عليهم ثمنها، فتلفت قبل أن يفعل ذلك، فيعتبر غاصبا لها فيضمنها، ولا تنطبق هنا قاعدة: **الأجرة والضمان** لا يجتمعان.

وأيضا: رجل عنده مكتبة فوجد أن طلبة العلم عجزوا عن الشراء، فجعلها للإجارة لا للبيع، فجاء أحد الطلبة فاستأجر أحد الكتب بثمن معين ومدة معينة، فحصل لهذا الكتاب بعض التلف من دون تفريط من

---

(١) شرح القواعد والأصول الجامعة، أحمد بن عمر الحازمي ١٥/٦

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، محمد حسن عبد الغفار ١/١٨

المستأجر، فلا يلزم المستأجر قيمة الكتاب؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان.
وكذلك في مسألة استئجار الأشرطة، فلا يجوز للإخوة الذين يؤجرون الأشرطة أن يلزموا المستأجرين لها بأنها لو تلفت عندهم فعليهم أن يأتوا بشريطين عقابا؛ فهذا لا يصح بحال من الأحوال.
أيضا: رجل استأجر شقة وأقام فيها شهرا كاملا مع أهله وأولاده، لكن الأولاد الصغار أتلفوا بعض الأشياء في الشقة، فإن المستأجر لا يضمن؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان.." (١)

"قضاء القاضى بعلمه وفى تضمين الأجير المشترك فإن مذهبه أن للقاضى أن يحكم بعلمه١ وأن لا ضمان على الأجير٢. لكن ذكر الآخر زاجرا ومرهبا وقد قال الشافعى رحمة الله عليه بعد ذكر القولين فيهما ولولا خوفى ميل القضاة وخيانة الأجراء لجعلت للقاضى أن يحكم بعلمه وأسقط الضمان عن الأجير. فعلل منع القاضى بميله وضمان الأجير بخيانته فدل أن مذهبه فيمن لم يمل من القضاة جواز حكمه بعلمه وفيمن لم يخن من الأجراء سقوط الضمان عنه وإذا صح هذا فيمن أمن ميله وخيانته ثبت حكمه فيمن خيف ميله وخيانته لعموم الحكم في الجميع ولا عيب على الشافعى بمثل هذا لأن من كان ترغيما في الدين فحقيق أن يكون زاجرا.
واعلم أن جميع هذه الأقسام لا يتوجه عليها المنكر القولين اعتراض بما أوضحناه في كل قسم منه.
والقسم الرابع عشر: وهو المختص باعتراض منكر القولين وهو أن نقول في المسألة الواحدة في الحالة الواحدة بقولين مختلفين مجمع فيهما بين قولين متضادين فيحكم بحلية الشئ في أحدهما وتحريمه في الآخر ويوجب الشئ في أحدهما ويسقطه في الآخر فهذا على ضربين أحدهما أن يميز أحد القولين بما ينبه على اختياره. والثاني: أن يطلق ولا يميز فإن ميز أحدهما بما ينبه على اختياره فهو ثلاثة أضرب:
أحدها: أن يرجح أحدهما فيقول: وبه أقول أو يقول: وهذا مما أستخير الله تعالى فيه أو يقول هذا أصح أو هو أشبه فيكون مذهبه منهما هو القول الذى أشار إلى ترجيحه.
والضرب الثاني: أن يفرع على أحدهما أو يكرر ذكره ولا يكرر ذكر الآخر فقد جعل بعض أصحابنا دليلا على الترجيح وبعض أصحابنا لم يجعله دليلا على الترجيح.
والضرب الثالث: أن يعمل بأحدهما دون الآخر فيكون عمله بذلك دليلا على أنه القول المختار. وأما الضرب الثاني: فهو إذا جمع بين القولين وأطلقهما ولم يميز أحدهما باختيار ولا ترجيح فهذا على ثلاثة أضرب:

---
(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، محمد حسن عبد الغفار ١١/١٨

أحدها: أن يتوقف في القولين المتعارضين لاحتمال الأدلة وتعارضهما ويعلم أن الحق

---

١ انظر روضة الطالبين "١٥٦/١١".

٢ انظر روضة الطالبين "٢٨٨/٥".." (١)

"فاستأجره ليلبسه، أو كانت دابة فاستأجرها ليركبها، فقبل الغاصب الإجارة برئ الغاصب من **الضمان**.

والفرق أن استئجار الغاصب على تعليم العبد الخبز وفتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه؛ لأنه قد وقع العمل فيه وهو في يد المولى، فلم يوجب له يدا فيه، فلم يبرأ عن **الضمان**.

وليس كذلك إذا استأجره للخدمة أو للبس أو الركوب؛ لأن العقد على الركوب يقتضي تسليم الدابة إليه، ليجب **الأجر** بالتسليم، وكذلك اللبس والخدمة، بدليل أنه لو سلم ولم يركب واستصحبه ماشيا في الطريق استحق **الأجر**، فقد أوجب له يدا فيه من جهة نفسه، فكأنه ارتجعه منه ثم أجره إياه.

٤٣١ - إذا غصب صبيا حرا فقتله إنسان في يد الغاصب فلولي الصبي أن يضمن الغاصب ديته.

ولو أمسك رجلا حتى جاء آخر وقتله لم يضمن الممسك.

والفرق أن الغاصب قرب الصبي من الإتلاف؛ لأنه لو كان في يد والديه دفعوا القاتل عنه، فصار بتقريبه منشئا التلف فصار جانيا، فضمن، كما لو حمل السيف وضربه عليه أو ألقاه عليه أو حفر بئرا ودفع إنسانا فيها.

وليس كذلك الممسك؛ لأنه لم يقربه إلى الإتلاف؛ لأنه باق على مكانه فهو مسبب فقط غير ناقل ولا جان وبمجرد التسبب لا يضمن،." (٢)

"**فالأجرة** بينهما نصفان ومن أصحابنا من حكى أنه لو أجر نفسه ليخدم إنسانا شهرا لا تكون **الأجرة** بينهما.

ووجه الفرق أن كل واحد منهما ضامن على صاحبه ما يلزمه بحكم العقد مما يصح **الضمان** فيه، وضمان الخياطة عن شريكه، وضمان النقل جائز، فصار مضمونا على كل واحد منهما، وإذا كان مضمونا على شريكه جاز أن يستحق بدله.

وليس كذلك الخدمة؛ لأن العقد وقع على المدة، والخدمة لا يكون مضمونا عليه، فلا يكون مضمونا على

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول السمعاني، أبو المظفر ٣٣٣/٢

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٦/٢

شريكه، فجاز ألا يستحق الأجرة مع عدم الضمان.

فإن قيل ذكر في الأصل أنه لو أجر نفسه لحفظ شيء أو نقله أو عمل عملا بأجر أو كسب كسبا فهو بينهما، وحفظ شيء لا يكون مضمونا عليه؛ لأن العقد يقع على المدة فيجب ألا يكون بينهما [كما] قلنا.

٤٥٥ – إذا أقر أحد المتفاوضين لامرأته بعدما طلقها وهي في العدة بدين لم يلزم شريكه من ذلك شيء. ولو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين وهي في العدة لزمهما جميعا.

والفرق أن حكم الفراش باق ما دامت في العدة، بدليل أنه يلزمه نفقتها وسكناها، ويبقى له حق التصرف والتسليط في مالها فصار كما لو." (١)

"عنها الغلام ومات، فلا ضمان عليه، وقيل المسألة محمولة على أن العبد ممن يستمسك على الدابة. والفرق أن السوق مضمون على المكاري، والحمولة في يده، لأنه من عليه ويستحق الأجر به، لا بد له على نفسه، فإذا تلف بمعنى كان مضمونا عليه، وهو في غيره مضمون، كالقصار إذا دق فتخرق ما دقه. وليس كذلك العبد لأن العبد تصرف في نفسه فهو في يد نفسه إذا كان ممن يستمسك على الدابة، فإذا فقد تلف بيد نفسه فلا يجب به الضمان على غيره.

٥٧٣ – إذا استأجر دابة إلى الري أو إلى فارس، ولم يسم مدينتها ولا رساتيقه البصرة جاز. والفرق أن الري اسم للقصبة ونواحيها، فإذا لم يتبين صار المعقود عليه مجهولا، فلم يجز. وليس كذلك البصرة لأنها اسم مطلق على المدينة، والقصبة في العرف والعادة فانصرف مطلق عقده إلى المعتاد المتعارف، كما لو أطلق الثمن انصرف إلى نقد البلد، كذلك هذا.." (٢)

"والصبي المحجور إذا أجر نفسه من رجل فنقله إلى منزله ليعمل له فتلف بحرق أو صاعقة، فعلى المستأجر الضمان والأجر. والفرق بينهما أنه لما استعمل العبد بغير إذن صاحبه صار غاصبا له، فوجب الضمان عليه، ومن شرط إمساك العين على حكم الإجارة أن تكون العين أمانة في يده، فلما صار مضمونا ثبت أنه أمسك لا على حكم الإجارة، فلا يستحق عليه الأجر. وليس كذلك الصبي، لأن ذلك الضمان الذي يلزمه ضمان استهلاك، لا ضمان غصب، لأن الصبي حر والحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالاستهلاك، وضمان الاستهلاك لا يسقط ضمان الأجر كما لو استأجر عبدا شهرا ثم إنه قتله بعد مضي الشهر ضمن قيمته والأجر، كذلك هذا.

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ٣٧/٢

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ٦١٤/٢

٨٧٥ – إذا كان دار بين رجلين فاستأجر أحدهما نصفها من شريكه جاز على ظاهر الروايات. ولو رهن نصفها من شريكه لم يجز. والفرق أن المستأجر يصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق عليه، لأنه يجوز أن ينتفع بملك نفسه، ويجوز له أن ينتفع بما استأجر وإذا وصل إلى الاستيفاء المعقود عليه من غير استحقاق جاز له أن يستأجر، وإن لم يجز لغيره، كالغاصب إذا استأجر العبد المغصوب جاز، وإن لم يجز لغيره أن يستأجره. وليس كذلك الرهن، لأن العقد يقع على إمساك العين، ولو جوزنا ذلك." (١)

"ولو استأجر عبدا بعينه شهرا يخدمه وكفل رجل بالخدمة لم يجز. والفرق أنه إذا لم تكن الدابة بعينها فالعقد وقع على الحمل، والحمل مضمون عليه، فقد ضمن مضمونا بمضمون له قبله، فصح **الضمان**، كما لو ضمن عنه دينا. وليس كذلك العبد، لأن العقد وقع على تسليم النفس دون الخدمة، بدليل أنه لو سلم العبد ولم يستخدمه استحق **الأجر**، فلم يكن العمل مضمونا عليه، فقد ضمن غير مضمون فلم يجز، كما لو ضمن الوديعة من المودع.." (٢)

"وأما ضمان ما يلقي في البحر فذلك استدعاء إتلاف على جهة القربة لتخليص المال وليس بضمان، ألا ترى أنه يصح أن يضمن أكثر من قيمة المتاع ويقارن الطلاق والعتاق، فإنه يصح على بعض مجهول، ألا ترى أنه لو قال أحد هؤلاء حر أو أحد هؤلاء: طالق، صح بخلاف **الضمان**.

وأما المهر المجهول يثبت في النكاح لتلف البضع وهو بمنزلة قيمة المشتري في البيع الفاسد وفي مسألتنا المالية في الذمة بالعقد فهو كالثمن في البيع **والأجرة** في الإجارة.." (٣)

"عرفها حولا ثم قال: استمتع بها ".

لهم:

قول النبي عليه السلام: " من التقط لقطة فليعرفها حولا كاملا، فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها، فإن قدم ربها ورضي **بالأجر** وإلا ضمن له ".

الدليل من المعقول:

لنا:

من جاز له الالتقاط جاز له الإنفاق بعد التعريف كالفقير؛ لأن اللقطة مال الغائب في يده وحقه الحفظ،

---

(١) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٤٩/٢

(٢) الفروق للكرابيسي الكرابيسي ١٥١/٢

(٣) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤٥٥/٢

والحفظ إما بالإمساك أو يملك بشرط ضمان فيصير محفوظا في ذمته، والصدقة (تبطل **بالضمان** ولو وجب لتعين) .." (١)

"فيه، قالوا: حال المال قاطعة بطلب الحفظ وإرادته في كل وقت (ونعد الخيانة بعض الأحوال) ، الجواب: نعم يؤثر الحفظ لكن على كراهية كما يؤثر حفظ ماله الذي في يد الغاصب ولا يدل على أن يد الغاصب يد أمانة. قالوا: إن نظرتم إلى شوب قلبه بالخيانة فهو كما لو سمع بفسقه أو رآه قد أخذ مال غيره وخان في وديعة أخرى. الجواب: هذه احتمالات يجوز أن يطيب القلب معها، أما إذا خان في هذه الوديعة لم يبق احتمال، قالوا: ما ذكرتموه باطل بالمستأجر على الحفظ إذا خان ثم عاد أمينا فإنه يستحق **الأجرة**.

الجواب: إنه إن استؤجر على حفظ مال وخان فيه لا يبرأ عن **الضمان**؛ لأن العقد اقتضى جعل يده حرزا أو مقابلة منفعة في الحفظ (بأجرة) .." (٢)

"فلولا أن ملك المالك زال عنها وأنهم ملكوها لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها وقوله صلى الله عليه وسلم المرء أحق بكسبه والدقيق كسبه لأنه حصل بفعله فإن قالوا في إسناد الحديث الأول حميد بن الربيع ضعفه يحيى بن معين استدللنا بالحديث الثاني احتجوا بما مر في الماضية وقد خرج الجواب عنه مسألة المنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف وهو قول مالك رضي الله عنه وقال الشافعي واحمد رضي الله عنهم تضمن

وصورته إذا غصب عبدا خبازا مثلا وأمسكه شهرا ثم رده إلى المالك لا يضمن منافع الشهر عندنا وكذا إذا غصب مسكا فشمه ورده ونحو ذلك

لنا إجماع الصحابة عمر وعلي وغيرهما أنهم حكموا في ولد المغرور بالقيمة والعقر ولم يحكموا بضمان المنفعة ولو كان **الضمان** واجبا لحكموا به وروى أن رجلا استحق ناقة فقضى له النبي صلى الله عليه وسلم بها ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم قضى بوجوب **الأجر**." (٣)

"[الباب التاسع في الإذن]

وهو ضربان أحدها: ما ترجع فائدته إلى المأذون له، فإن كان من المنافع فهو العواري، وإن كان من الأعيان

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ١٨٤/٣

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٢٦٤/٣

(٣) إيث ا ر الإنصاف في آثار الخلاف سبط ابن الجوزي ص/٢٥٨

فهو المنائح والضيافات، والأصح أن القرض إذن في الإتلاف بشرط الضمان فلا يفتقر إلى القبول بالقول.
الضرب الثاني: ما ترجع فائدته إلى الآذن، فإن كان من الاستصناع كالحلق والحجامة والدلك ففي استحقاق الأجرة به خلاف، وإن كان من التصرف القولي فهو التوكيل في أصناف المعاملات، وإن كان تصرفا فعليا كالقبض والإقباض فهو التوكيل في كل ما يتعلق به الإذن من الأفعال القابلة للتوكيل.

[الباب العاشر الإتلاف]
وهو أضرب أحدها: إتلاف
لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح
، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية، وذبح الحيوان المباح حفظا للأمزجة والأرواح، ويلحق به قطع الأعضاء المتآكلة حفظا للأرواح، فإن إفساد هذه الأشياء جائز
للإصلاح.
الضرب الثاني: إتلاف الدفع وهو أنواع. أحدها: القتل والقطع والجرح؛
لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال.." (١)
"إنشاء النكاح وتملك الإقرار به وكذلك لا يملك مجهول الحرية إنشاء الرق على نفسه ويملك الإقرار به ولا يصح الإبراء مما لا يملكه، الإنسان ويصح مما ملكه وإن وجد سبب ملكه ووجوبه ولم يملك ففي صحة الإبراء منه قولان، ووجه الصحة تقدير الملك والوجوب عند التسبب، وحكم الضمان في ذلك حكم الإبراء.

المثال الرابع عشر: لا يجتمع العوضان، إنما جوزت لمصالح المتعاقدين فلا يختص أحدهما، وكذلك لا تصح الإجارة على الطاعات كالإيمان والجهاد والصلاة، لأنها لو صحت لاجتمع الأجر والأجرة لواحد، وإنما جازت الإجارة في الأذان لأن الأجرة مقابلة لما فيه من مجرد الإعلام بدخول الأوقات ولما فيه من الأذكار التي يختص أجرها بالمؤذن.
وأما المسابقة والنضال فإن الغالب فيهما يفوز بالغلب وأخذ السبق، لأن الحصول عليها حاث على تعلم أسباب الجهاد الذي هو تلو الإيمان، فإن كان السبق من واحد جاز ذلك لما ذكرناه، وإن كان من

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ابن عبد السلام ٢/٨٧

المتسابقين والمتناضلين فلا بد من إدخال محلل بينهما تمييزا لصورة المسابقة والمناضلة عن صورة القمار، كما شرط في النكاح الولي والشهود تمييزا لصورة النكاح عن صورة السفاح.

المثال الخامس عشر: إيجار المأجور بعد قبضه جائز من أن المنافع لم تقبض، ولكن أقام الشرع قبض محلها مقام قبضها في نفسها للحاجة إلى ذلك، ولو تلفت العين في أثناء المدة لانفسخ العقد فيما بقي لفوات بعض المعقود عليه قبل قبضه.

المثال السادس عشر: إيجار عمر – رضي الله عنه – أرض السواد بأجرة مؤبدة معدومة مجهولة المقدار لما في

ذلك من المصلحة العامة المؤبدة

، ولو أجرها ذرية مستأجريها بأجرة مجهولة لم يجز على الأصح إذ يجوز للمصالح." (١)

"هذا الفرق مبني على قاعدة وهي أن الأفعال قسمان منها ما يشتمل فعله على مصلحة مع قطع النظر عن فاعله كرد الودائع وقضاء الديون ورد الغصوبات وتفريق الزكوات والكفارات ولحوم الهدايا والضحايا وذبح النسك ونحوها فيصح في جميع ذلك النيابة إجماعا؛ لأن المقصود انتفاع أهلها بها وذلك حاصل ممن هي عليه لحصولها من نائبه ولذلك لم تشترط النيات في أكثرها ومنها ما لا يتضمن مصلحة في نفسه بل بالنظر إلى فاعله كالصلاة فإن مصلحتها الخشوع والخضوع، وإجلال الرب سبحانه وتعالى وتعظيمه وذلك إنما يحصل فيها من جهة فاعلها فإذا فعلها غير الإنسان فاتت المصلحة التي طلبها صاحب الشرع ولا توصف حينئذ بكونها مشروعة في حقه فلا تجوز النيابة فيها إجماعا ومنها قسم متردد بين هذين القسمين فتختلف العلماء – رحمهم الله – في أي الشائبتين تغلب عليه كالحج فإن مصالحه تأديب النفس بمفارقة الأوطان.

وتهذيبها بالخروج عن المعتاد من المخيط وغيره لتذكر المعاد والاندراج في الأكفان وتعظيم شعائر الله في تلك البقاع، وإظهار الانقياد من العبد لما لم يعلم حقيقته كرمي الجمار والسعي

ـــــــsبعضها دون بعض فأما الأعمال القلبية فلا أعلم خلافا في عدم صحة النيابة فيها إلا ما كان من النية كإحجاج الصبي، وفي سائر نيات الأعمال التي تصح النيابة فيها على حسب الخلاف في ذلك أيضا،

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ابن عبد السلام ٢/١٨٤

وغير القلبية: فالمالية المحضة لا أعلم خلافا في صحة النيابة فيها.

وأما غير المالية المحضة فقد حكى بعضهم الإجماع في عدم صحتها في الصلاة، والخلاف فيما عداها وحكى بعضهم الخلاف في الصلاة أيضا، وما قاله شهاب الدين وجعله ضابطا للوفاق والخلاف – من مراعاة كون مصلحة ذلك الأمر يشترط فيها حصولها من النائب كحصولها من المنوب عنه وحينئذ تصح – ينتقض بالصوم، فقد صح الحديث بجواز النيابة فيه، وما رجح به مذهب مالك في الحج ظاهر والله تعالى أعلم وما قاله في الفرقين بعد هذا صحيح

ــــــــــبالمباشرة بالإتلاف وأتلف الحق بالتسبب فرتب على الوجهين مقتضاهما ومنها من مر على حبالة فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه لصاحبه عند مالك لأن صون مال المسلم واجب ومن ترك واجبا في الصون ضمن ومنها من مر بلقطة وعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها يضمنها عند مالك إذا تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها لأنه يجب عليه أخذها اهـ.

كلام البداية بتصرف وزيادة مما يأتي للأصل في الفرق المذكور ومن غيره.

وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة، سواء كانت عادية كيد السراق والغصاب ونحوهم أو ليست بعادية كما في المبيع بيعا صحيحا يبقى بيد البائع فيضمنه، أو يقبضه المشتري فيضمنه أو بيعا فاسدا يقبضه المشتري فيضمنه عندنا فقط إذا تغير سوقه، أو في ذاته، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية وعندنا وعند الشافعية أيضا إذا أتلفه المشتري، وكما في قبض العواري والرهون التي يغاب عليها كالحلي والسلاح وأنواع العروض على الخلاف في ذلك بيننا وبين الشافعي وكما في قبض المقترض الأعيان التي يقترضها فإنه يضمنها اتفاقا ونظائر ذلك كثيرة وخرج بقيد التي ليست بمؤتمنة اليد المؤتمنة كوضع اليد في الودائع والقراض والمساقاة، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على ذلك وأموال الغائبين والمجانين وكذا أيدي الأجراء في الإجارة مطلقا عند الشافعي ولو كان الأجير صانعا يؤثر بصنعته في الأعيان، أو على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله كالفواكه والأشربة والأطعمة المطبوخة طردا لقاعدة الأمانة في الإجارة واستثنى مالك من القاعدة المذكورة صورتين: الأولى الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته كالخياط والقصار استحسن فيها أن

الأصلح

للناس تضمين الأجراء لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق.

والثانية الأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله فإنه – رحمه الله تعالى – يضمن الأجير فيها

سدا للذريعة، إذا علمت هذا علمت أن جميع ما وضع الأيدي فيه مؤتمنة من النظائر لا ضمان فيه وهي قاعدة ما لا يضمن وأن جميع ما وضع الأيدي فيه غير مؤتمنة من النظائر فيه الضمان كما في مباشرة إتلاف المتمولات والتسبب للإتلاف وأن هذه الأسباب الثلاثة هي أسباب الضمان وهي قاعدة ما يضمن فهذا هو تقرير قاعدة ما يوجب الضمان وقاعدة ما لا يوجبه.

وأما الواجب في الضمان فهو إما رد المال بعينه إن كان قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان، وإما رد مثله إن استهلك وكان مثليا، أما إن كان عروضا من حيوان وغيره فقال مالك لا يقضى فيه إلا بالقيمة يوم استهلك.

وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود: الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «من أعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل» الحديث.

ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما خرج أبو داود من حديث أنس وغيره «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان عنده بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال." (١)

"ثمن الورقة خاصة فاعتبر الإتلاف دون السبب ومالك اعتبرهما معا ورأى أنه أتلف الحق بالمباشرة بالإتلاف وأتلف الحق بالتسبب فرتب على الوجهين مقتضاهما وكمن مر على حبالة فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه وحوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك؛ لأن صون مال المسلم واجب ومن ترك واجبا في الصون ضمن وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها.

وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه ومنها مختلف فيه لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان.

وثالثها وضع اليد التي ليست بمؤتمنة وقولي " ليست بمؤتمنة " خير من قولي اليد العادية فإن اليد العادية تختص بالسراق والغصاب ونحوهم، وتبقى من الأيدي الموجبة للضمان قبض بغير عدوان بل بإذن المالك كقبض المبيع، أو بقاء يد البائع فإنه من ضمان البائع قبل القبض ومن ضمان المشتري بعد القبض مع عدم العدوان وكقبض المبيع بيعا فاسدا فإنه من ضمان المشتري عندنا بالقيمة إذا تغير سوقه، أو تغير في

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢/٢٠٥

ذاته أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية، أو أتلفه المشتري وهذا السبب الأخير متفق عليه بيننا وبين الشافعية دون ما قبله من حوالة الأسواق ونحوها وكقبض العواري والرهون التي يغاب عليها كالحلي والسلاح وأنواع العروض على الخلاف في ذلك بيننا وبين الشافعي وكقبض الأعيان التي تقترض فإن المقترض يضمنها اتفاقا مع عدم العدوان ونظائرها كثيرة وخرج بقولي " التي ليست بمؤتمنة " اليد المؤتمنة كوضع اليد في الودائع والقراض والمساقاة وأيدي الأجراء.

ووضع الأيدي عند مالك في الإجارة تختلف فاستثنى منها صورتين: الأجير الذي يؤثر في الأعيان بصنعته كالخياط والصباغ والقصار؛ لأن السلعة إذا تغيرت بالصنعة لا يعرفها ربها إذا وجدها قد بيعت في الأسواق فكان الأصلح للناس

S. . . . .

Qوقال أنا أفتدي متوهما أنه بالتزام الفدية يتخلص من وبال المعصية وذلك خطأ صريح وجهل قبيح فإنه يحرم عليه الفعل فإذا خالف أثم ولزمته الفدية وليست الفدية مبيحة للإقدام على فعل المحرم، وجهالة هذا الفعل كجهالة من يقول أنا أشرب الخمر وأزني والحد يطهرني ومن فعل شيئا مما يحكم بتحريمه فقد أخرج حجه عن أن يكون مبرورا اهـ.

الثاني والثالث لأصحابه الأحناف أنها وسائر الكفارات ليست كالحدود في كونها زواجر بل هي جوابر إما مطلقا، أو لغير المصر قال وقد صرح أصحابنا بأن الحد لا يكون طهرة من الذنب ولا يعمل في سقوط الإثم بل لا بد من التوبة فإن تاب كان الحد طهرة له وسقطت عنه العقوبة الأخروية بالإجماع، وإلا فلا.

وأما الكفارة ففيها قولان: الأول لصاحب الملتقط قال في باب الإيمان: إن الكفارة ترفع الإثم، وإن لم يوجد منه التوبة من تلك الجناية اهـ.

والثاني للشيخ نجم الدين النسفي فقد ذكر في تفسير التيسير عند قوله تعالى ﴿فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾ [البقرة: ١٧٨] أي اصطاد بعد هذا الابتداء قيل هو العذاب في الآخرة مع الكفارة في الدنيا إذا لم يتب منه فإنها لا ترفع الذنب عن المصر اهـ، وهذا تفصيل حسن وتقييد مستحسن يجمع به بين الأدلة والروايات والله أعلم بحقائق الحالات اهـ بتوضيح للمراد.

وكفارات الحج ثلاث: (الكفارة الأولى) جزاء الصيد وهو دم تخيير بين ما يعدله الحكمان يجب لقتل صيد بري في الإحرام، أو الحرم مأكولا، أو غيره وحشيا، أو متأنسا مملوكا، أو مباحا فيحكم قاتله حكمين عدلين عدالة شهادة فقيهين بأحكام الصيد ولما أشبه جزاء الصيد إتلاف أموال الناس وكان الإجماع منعقدا على

تعدد الضمان فيما يتعدد الإتلاف فيه وأن العمد والخطأ في ذلك سواء قاله مالك - رحمه الله تعالى - يتعدد الجزاء بتعدد الصيد ولو خطأ على قاعدة الإتلاف بل الجاهل ههنا كالجاهل في الصلاة يجري مجرى العامد لا مجرى الناسي لاشتراكهما في العصيان هذا بعمده وهذا بترك تعلمه وبهذا أيضا قال الحنابلة ففي كشاف القناع على الإقناع مع المتن وتتعدد كفارة الصيد أي جزاؤه بتعدده أي الصيد ولو قتلت الصيود معا لقوله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] قال.

وقال أحمد إذا جامع أهله بطل حجه لأنه شيء لا يقدر على رده والصيد إذا قتله فقد ذهب لا يقدر على رده والشعر إذا حلقه فقد ذهب فهذه الثلاثة العمد والخطأ والنسيان فيها سواء قال ويلحق بالحلق التقليم بجامع الإتلاف اهـ.

وعند أبي حنيفة يتحد الجزاء بالتأويل وعند الشافعي يعذر بالتأويل والنسيان والجهل فلا يجب عليه شيء كالوطء في رمضان ناسيا فألحق الجاهل بالناسي لا بالعامد وقد تقدم الفرق بين الجهل الذي هو عذر في الشريعة والجهل الذي ليس عذرا في الشريعة وبين العلم الذي هو فرض عين والعلم الذي هو فرض كفاية، ومقتضى تلك القواعد أن يضمن الجاهل ههنا فإن الأصل وجوب تحصيل العلم، وأن تارك التعلم عاص وليس الجهل ههنا مما يشق الاحتراز منه على المكلف حتى يعذره الشرع به كمن أكل طعاما نجسا لا يعلم أو وطئ أجنبية يظنها امرأته أو شرب خمرا يظنها جلابا، ونحو ذلك ولذلك أجرى مالك - رحمه الله تعالى - الجاهل في الصلاة مجرى العامد لا مجرى الناسي لاشتراكهما في العصيان." (١)

"تضمين الأجراء في ذلك وهو من باب الاستحسان ولم يره الشافعي - رضي الله عنه - بل طرد قاعدة الأمانة في الإجارة، والأجير على حمل الطعام الذي تتوق النفس إلى تناوله كالفواكه والأشربة والأطعمة المطبوخة فإن الأجير يضمن سدا لذريعة التناول منها وطرد الشافعي القاعدة أيضا ههنا فلم يضمن أيضا وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على ذلك وأموال الغائبين والمجانين فجميع ذلك لا ضمان فيه؛ لأن الأيدي فيه مؤتمنة فهذه الأسباب الثلاثة هي أسباب الضمان فهي قاعدة ما يضمن وما عداها فهو قاعدة ما لا يضمن كما تقدم من النظائر، وإذا اجتمع منها سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب كمن حفر بئرا لإنسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب فالضمان على الثاني دون الأول تقديما للمباشرة على التسبب؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض إلا أن تكون المباشرة مغمورة كقتل المكره فإن القصاص يجب عليهما ولا تغلب المباشرة لقوة التسبب

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢٠٧/٢

وكتقديم السم لإنسان في طعامه فيأكله جاهلا به فإنه مباشر لقتل نفسه.

وواضع السم متسبب، والقصاص على المتسبب وحده وكشهود الزور، أو الجهلة يشهدون بما يوجب ضياع المال على إنسان، ثم يعترضون بالكذب، أو الجهالة فإنهم يضمنون ما أتلفوه بشهادتهم ولا ينقض الحكم ولا يضمن الحاكم شيئا مع أنه المباشر، والشاهد متسبب، غير أن

المصلحة العامة

قد اقتضت عدم تضمين الحكام ما اخطئوا فيه؛ لأن **الضمان** لو تطرق إليهم مع كثرة الحكومات وتردد الخصومات لزهد الأخيار في الولايات واشتد امتناعهم فيفسد حال الناس بعدم الحكام فكان الشاهد **بالضمان** أولى؛ لأنه متسبب للحاكم في الإلزام والتنفيذ وكما قيل الحاكم أسير الشاهد ويقع في هذا الباب مسائل كثيرة مختلف فيها ولكن الأصل هو ما قدمته في أسباب **الضمان** وعدمه

ـــــS_. . . . .

ـــــــQهذا بعمده وهذا بترك تعلمه.

(الكفارة الثانية) الفدية وهي دم تخيير بين مقدر شرعا في قوله تعالى ﴿ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦] يجب بفعل المتلبس بالإحرام ما فيه ترفه، أو إزالة أذى من الممنوعات كأن يلبس مخيطا معمولا على قدر البدن، أو بعضه على الوجه المعتاد، أو يستعمل طيبا مؤنثا، أو يدهن شعر رأسه، أو لحيته، أو سائر جسده ولو لم يكن في الدهن طيب ما لم يدهن باطن كفه وقدميه لشقوق ونحوها بما لا طيب فيه، وإلا فلا فدية، أو يزيل وسخا عن ظاهر بدنه، أو يزيل ظفرا واحدا لإماطة أذى عنه، أو ظفرين فأكثر للترفه لا ظفرا واحدا لكسر بقدره، أو يزيل شعرا كثيرا زائدا على اثني عشر مطلقا أو شعرة واحدة لإماطة أذى عنه أو يقتل قملا كثيرا زائدا على اثني عشر ولا يوجبها اللبس إلا إذا انتفع به من حر، أو برد، أو دام عليه كاليوم كما في ابن شاس فقيد بقوله كاليوم لأنه انتفاع من حر، أو برد في الجملة ويوجبها ما عدا اللبس بلا تفصيل لأنه لا يقع إلا منتفعا به كما في عبق وقاعدة الفدية أن النسيان والعذر في ارتكاب موجبها لا يسقطها، وإنما يسقط الإثم كما في الأصل والمختصر وضابط قاعدة ما تتحد فيه وما تتعدد عند مالك وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه متى ارتكبت موجباتها لمستند محقق أو اتحدت النية، أو الزمان بأن يكون الكل على الفور، أو السبب بأن يقدم ما نفعه أعم على ما نفعه أخص عندنا، أو يتحد المرض، أو غيره عند أبي حنيفة اتحدت الفدية ويزاد عند أبي حنيفة، أو اتحد الجنس قال في المنسك المتوسط المسمى بلباب المناسك.

وما ذكر من اتحاد الجزاء في تعدد الجناية إنما هو فيما إذا اتحد جنس الجناية فاللبس جنس والطيب جنس والحلق جنس وقلم الأظفار جنس اهـ أي وقس على ذلك ومتى ارتكبت موجباتها جهلا محضا، أو تعددت النية أو الزمان، أو السبب بأن يقدم ما نفعه أخص على ما نفعه أعم عندنا وعند أبي حنيفة بأن يلبس في موضعين: أحدهما لعذر والآخر لغير عذر، أو لعذر آخر سواء يكون على وجه الاستمرار أو الانفصال بينهما بالخلع والاسترجاع كما في شرح القاري على المنسك المتوسط، أو كفر للموجب الأول قبل فعل الثاني كأن لبس، ثم كفر ودام على لبسه، أو نزع، ثم كفر، ثم لبس تعددت الفدية ويزاد عند أبي حنيفة، أو يجمع بين الأجناس المختلفة في مجلس واحد قال في المنسك المتوسط فإذا جمع بينهما في مجلس واحد لم يتحد الجزاء بل يتعدد لكل جنس موجبه – بفتح الجيم أي الذي أوجبه الشارع – بحسب اختلاف موجبه فمواضع اتحادها عند أصحابنا أربعة وعند الإمام أبي حنيفة – رحمه الله – خمسة:

الموضع الأول ظن إباحة أسبابها لمستند وصورة عندنا قال الحطاب: ثلاثة؛ الأولى قال سند من يطوف على غير وضوء في عمرته، ثم يسعى ويحل أي فينعقد أنه خرج من إحرامه فيفعل سائر موجبات الفدية الثانية من يرفض إحرامه فيعتقد استباحة موانعه.

الثالثة من أفسد إحرامه بالوطء، ثم فعل موجبات الفدية متأولا بأن الإحرام." (١)

"(الفرق العاشر والمائتان بين قاعدة ما يرد من القراض الفاسد إلى قراض المثل وبين قاعدة ما يرد منه إلى أجرة المثل)

اعلم أن الأصل الرد إلى قراض المثل كسائر أبواب الفقه، ولأنه العمل الذي دخل عليه قال القاضي عياض في التنبيهات مذهب المدونة أن الفاسد من القراض يرد إلى أجرة مثله إلا في تسع مسائل القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والمبهم، وبدين يقتضيه من أجنبي، وعلى شرك في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه، ويتجر بثمنه، وألحق بالتسعة عاشرة من غير الفاسد ففي الكتاب إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه له قراض المثل، والضابط كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال، ولا خالصة لمشترطها، ومتى كانت خارجة عن المال أو كانت غررا حراما فأجرة المثل فعلى هذه الأمور الثلاثة تدور المسائل، وعن مالك قراض المثل مطلقا.

وقال الشافعي وأبو حنيفة وعبد الملك بالأجرة مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح وإلغاء الفاسد

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢/٢٠٨

بالكلية قال صاحب القبس فيها خمسة أقوال ثالثها لابن القاسم إن كان الفساد في العقد فقراض المثل أو لزيادة فأجرة المثل ورابعها لمحمد الأقل من قراض المثل المسمى وخامسها تفصيل ابن القاسم، وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال:

وأجرة مثل في القراض تعينت ... سوى تسعة قد خالف الشرع حكمه

قراض عروض واشتراط ضمانه ... وتحديد وقت والتباس يعمه

وإن شرطا في المال شركا لعامل ... وأن يشترى بالدين فاختل رسمه

وأن يشترى غير المعين للشرا ... وأعط قراض المثل من حال غرمه

وأن يقتضي الدين الذي عند غيره ... ويتجر فيه عاملا لا يذمه

وأن يشتري عبدا لزيد يبيعه ... ويتجر فيما ابتاعه ويلمه

قال بعض الأصحاب: وضابطها كل ما يشترط فيه رب المال على العامل أمرا قصره به على نظره أو يشترط زيادة لنفسه أو شرطها العامل لنفسه فأجرة المثل، وإلا فقراض المثل، ومنشأ الخلاف أمران

ـــــS. . . . .

ـــــQوبصر وغيره مما هو معروف في محله اهـ.

فتعين الجواب الأول عن الإيراد المذكور فتأمل بدقة وسبب الخلاف في كراء دور مكة أمران (الأول) ما مر من الخلاف في أنها فتحت عنوة أو صلحا، وعلى الأول فهل ينظر إلى أنه قد من على أهلها بأنفسهم وأموالهم مطلقا أم لا مطلقا أم ينظر إليه في غير أيام الموسم. (والأمر الثاني) تعارض الأدلة

قال الشيخ محمد البناني المكي في رسالته تحفة المريد السالك فاستدل القائل بالمنع بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى ﴿إن الذين كفروا ويصدون عن سبيل الله والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والباد﴾ [الحج: ٢٥] قالوا المراد بالمسجد الحرام مكة لما روى ابن حاتم، وغيره عن ابن عباس وابن عمر وعطاء ومجاهد أن المسجد الحرام في هذه الآية الحرم كله، وقد وصفه الله تعالى بقوله ﴿الذي جعلناه للناس سواء﴾ [الحج: ٢٥] أي المؤمنين جميعا ثم قال ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾ [الحج: ٢٥] أي سواء المقيم في الحرم، ومن دخل مكة من غير أهلها أو المقيم فيه، والغريب سواء فدلت هذه الآية على منع بيع دور مكة وإجارتها لأن الله عز وجل جعلها للناس سواء فلا يختص أحد بملك فيها دون أحد قال القسطلاني على البخاري في قوله تعالى ﴿والمسجد الحرام﴾ [الحج: ٢٥] ما نصه وأوله أبو حنيفة بمكة، واستشهد له بقوله تعالى ﴿الذي جعلناه للناس سواء﴾ [الحج: ٢٥] على عدم جواز بيع

دورها وإجارتها ثم قال في موضع آخر، وذهب ابن عباس وابن جبير وقتادة، وغيرهم إلى أن التسوية بين البادي والعاكف في منازل مكة، وهو مذهب أبي حنيفة.

وقال محمد بن الحسن فليس المقيم بها أحق بالمنزل من القادم عليها انتهى، وقال العيني في شرحه على البخاري، وممن ذهب إلى عدم جواز بيع دور مكة وإجارتها أبو حنيفة ومحمد والثوري وعطاء بن أبي رباح ومجاهد ومالك وإسحاق انتهى (وأما السنة) فأحاديث منها ما أخرجه الطحاوي عن علقمة بن فضلة الكناني قال كانت الدور على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم - ما تباع ولا تكرى، ولا تدعى إلا السواد لم تبع رباعها في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم -، ولا أبي بكر، ولا عمر فمن احتاج سكن، ومن استغنى أسكن (ومنها) ما أخرجه الطحاوي من طريق مجاهد عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «لا يحل بيع بيوت مكة، ولا إجارتها» (ومنها) ما رواه عبد الرزاق عن منصور عن مجاهد أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال يا أهل مكة لا تتخذوا لدوركم أبوابا لينزل البادي حيث شاء (ومنها) ما رواه الطحاوي عن عبيد الله عن نافع عن." (١)

"ينسب إليه وذلك لا يحصل للموكل بخلاف عقد النكاح لأن مقصوده تحقيق سبب الإباحة، وهو يتحقق من الوكيل، ومقصود الأيمان كلها واللعان إظهار الصدق فيما ادعى، وحلف زيد ليس دليلا على صدق عمرو، وكذلك الشهادات مقصودها الوثوق بعدالة المتحمل، وذلك فائت إذا أدى غيره، ومقصود المعاصي إعدامها فلا يشرع التوكيل فيها لأن شروع التوكيل فيها فرع تقريرها شرعا فضابط الفرق أن مقصود الفعل متى كان يحصل من الوكيل كما يحصل من الموكل، وهو مما يجوز الإقدام عليه جازت الوكالة فيه، وإلا فلا.

(الفرق السابع عشر والمائتان بين قاعدة ما يوجب الضمان وبين قاعدة ما لا يوجبه)

أسباب الضمان ثلاثة فمتى وجد واحد منها وجب الضمان، ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان.

(أحدها) التفويت مباشرة كإحراق الثوب، وقتل الحيوان، وأكل الطعام، ونحو ذلك.

(وثانيها) التسبب للإتلاف كحفر بئر في موضع لم يؤذن فيه، ووضع السموم في الأطعمة، ووقود النار بقرب الزرع أو الأندر، ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يفضي غالبا للإتلاف. (وثالثها) وضع اليد غير المؤتمنة

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ١٤/٤

فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب، والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية القبض فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه لأن يده غير مؤتمنة، ويد المتعدي بالدابة في الإجارة، ونحوها، ويخرج بهذا القيد يد المودع، وعامل القراض، ويد المساقي، ونحوهم فإنهم أمناء فلا يضمنون، وإنما يندرج فيه الغاصب ونحوه، وحد السبب ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر البئر في محل عدوانا فيتردى فيها بهيمة أو غيرها فإن أرادها غير الحافر **فالضمان** عليه دون الحافر تقديما للمباشر على المتسبب، ويضمن المكره على إتلاف المال لأن الإكراه سبب، وفاتح القفص بغير إذن ربه فيطير ما فيه حتى لا يقدر عليه، والذي يحل دابة من رباطها أو عبدا مقيدا خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب سواء كان الطيران أو الهرب عقيب الفتح والحل أم لا، وكذلك السارق يترك الباب مفتوحا، وما في الدار أحد.

وقال

S——— . . . .

———Qالثمن، وفي المسألة الثانية أعني مسألة الصندوق الربع، وذلك أن البئر كلما نزل فيها ذراعا فقد شال من التراب بساطا مساحته عشرة في عشرة، وذلك مائة فكل ذراع ينزله في البئر حينئذ مائة ذراع، والأذرع عشرة وعشرة في مائة بألف فالمستأجر عليه ألف ذراع فلما عمل خمسة في خمسة شال في الذراع الأول تراب خمسة في خمسة، وذلك خمسة وعشرون فكل ذراع من هذا المعمول خمسة وعشرون، والأذرع المعمولة خمسة وخمسة في خمسة وعشرين بمائة وخمسة وعشرين، وذلك ما عمله، ونسبته إلى الألف نسبة الثمن فيستحق الثمن.

وأما الصندوق فمن حيث إنه ليس فيه نقر يكون قد استؤجر على ستة ألواح، وذلك دائره أربعة وقعره وغطاؤه، وكل لوح منها عشرة في عشرة فهو مائة ذراع، والألواح ستة فالمستأجر عليه ستمائة ذراع عمل ستة في خمسة فيكون كل لوح منها خمسة وعشرين المتحصلة من ضرب خمسة في خمسة، وخمسة وعشرون في ستة بمائة وخمسين، ونسبتها إلى ستمائة كنسبة الربع فيستحق الربع فظهر بهذا بطلان أن هناك قاعدة إن عمل النصف لا يكون له النصف، وأنه لم يكن ثم إلا قاعدة واحدة، وهي أن كل من عمل النصف فله النصف لا محالة اهـ.

قال الأصل، وهاتان المسألتان أعني: مسألتي البئر والصندوق من أبدع ما يلقى في مسائل المطارحات على الفقهاء فتأملهما فكم يخفى على الفقيه والحاكم الحق في المسائل الكثيرة بسبب الجهل بالحساب والطب

والهندسة فينبغي لذوي الهمم العلية أن لا يتركوا الاطلاع على العلوم ما أمكنهم:

فلم أر في عيوب الناس شيئا ... كنقص القادرين على التمام

اهـ.

والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه]

(الفرق السابع والمائتان بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه)

وهو أن الهلاك خمسة أقسام يضمن الأجراء المهلوك في قسمين (أحدهما) ما غرروا فيه بضعف حبل يضمنون قيمته بموضع الهلاك لأنه موضع أثر التفريط، ولهم من الكراء بحسابه، وقيل بموضع الحمل لأنه منه ابتداء التعدي (وثانيهما) ما هلك بقولهم من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة، ولهم الكراء كله لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه لأنهم استحقوه بالعقد، ولا يضمنونه في ثلاث أقسام: (أحدها) ما هلك بسبب حامله من عثار أو ضعف حبل لم يغرر به أو ذهاب دابة." [١]

"الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، ورسول الله – صلى الله عليه وسلم – قد رتب الضمان على الأخذ باليد فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان فمن ادعى أن غيره سبب فعليه الدليل لأن الأصل عدم سببية غير ما دل عليه قوله – صلى الله عليه وسلم – «على اليد ما أخذت حتى ترده» فهذه قرينة تدل على سببية الأخذ كقولنا على الزاني الرجم.

وعلى السارق القطع فإنه يدل على سببية هذه الأوصاف، وهو في أثناء مدة الغصب لا يصدق عليه أنه أخذ الآن بل أخذ فيما مضى فوجب أن يختص السبب بما مضى، وفي وطء الشبهة وجب أن يكون كذلك لأنه لا قائل بالفرق أو لأن الصداق ترتب في ذمته بالوطأة الأولى.

والأصل عدم انتقاله، وما قاله أحد بوجوب صداقين أو بالقياس على الغصب، ولنا قاعدة أخرى أصولية فقهية، وهي أن الأصل ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين وضع اليد لا ما بعد ذلك، والمضمون لا يضمن لأنه تحصيل الحاصل، وقياسا على حوالة الأسواق فإنها لا تضمن عندهم، وقد حكى اللخمي ذلك عن مالك وابن القاسم، وحكي عن أشهب وعبد الملك أخذ أرفع القيم إذا حالت الأسواق، والفرق للكل أن حوالة الأسواق رغبات الناس، وهي بين الناس خارجة عن السلع فلا تضمن

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٤/٢٧

بخلاف زيادة صفاتها، ووافق الشافعي في تضمين أعلى القيم أحمد بن حنبل، وجماعة من أصحابنا، ووافق مشهورنا أبو حنيفة، وعلى الأول لو تعلم العبد صنعة ثم نسيها ضمنها الغاصب احتجوا بوجوه

(الأول) بأن الغاصب في كل وقت مأمور بالرد فهو مأمور برد الزيادة، وما ردها فيكون غاصبا لها فيضمنها.

(الثاني) أن الزيادة نشأت عن ملكه، وفي ملكه فتكون ملكه، ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة فيضمن كالعين المغصوبة، ولأنه في الحالة الثانية ظالم، والظلم علة **الضمان** فيضمن، والجواب عن الأول والثاني والثالث أنها مسلمة، ولا نسلم أنها سبب **الضمان** فلا يلزم من الأمر ورا من الظلم، ولا من غيرهما **الضمان** فإن الأسباب الشرعية تفتقر إلى نصب شرعي، ولفظ صاحب الشرع اقتضى سببية وضع اليد، ومفهومه أن غيره ليس بسبب فلا بد لسببية غيره من دليل.

ولم يوجد وضع اليد في أثناء الغصب بل استصحابها واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه بدليل أن استصحاب النكاح لا يقوم مقام العقد الأول لصحته مع الاستبراء، والعقد لا يصح مع الاستبراء، وكذلك الطلاق يوجب

———S. . . . .

———Qيكن في تضمينه سد ذريعة، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم، واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع، وسقط **الضمان** عنهم هل تجب لهم **الأجرة** أم لا إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم.

وقال ابن المواز لهم **الأجرة**، ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلا، ووجه ما قال ابن القاسم أن **الأجرة** إنما استوجبت في مقابلة العمل فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير.

وقول ابن المواز أقيس، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة، ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه، وقال أبو حنيفة عليه إلا من الموج، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من خرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعدا معه إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران، والطبيب يموت العليل من معالجته، وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ.

وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والدية على

العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله، وقيل على العاقلة، ومسائل هذا الباب كثيرة اهـ.
المحتاج إليه منه مع بعض إصلاح، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة ما يمنع فيه الجهالة وبين قاعدة ما يشترط فيه الجهالة]
(الفرق الثامن والمائتان بين قاعدة ما يمنع فيه الجهالة وبين قاعدة ما يشترط فيه الجهالة بحيث لو فقدت فيه الجهالة فسد)
اعلم أن الأصل في الشريعة أن الوصف يبعد اقتضاؤه للضدين أو النقيضين فإذا ناسب حكما نافى ضده، وقد يناسب الوصف الإثبات والنفي أو الضدين، ويترتبان عليه في الشريعة، وهو، وإن كان قليلا في الفقه إلا أنهم جعلوه قاعدة شرعية تعرف عندهم بجمع الفرق، وضابطها أن كل معين يوجب مصلحة أو مفسدة في محل، وباعتبار نسبة، ويوجب نقيضها في محل آخر، وباعتبار نسبة أخرى فإنه يوجب الضدين، وسمي بجمع الفرق لأنه يجمع المفرقات، وهي الأضداد، وله نظائر منها الحجر فإنه عبارة عن صون مال المحجور عليه على مصالحه، وهو يقتضي رد تصرفاته في حالة حياته، وتنفيذها بوصاياه لأنا لو رددنا الوصايا." (١)

"جلدها فينتفع به أو بغير دباغ إلى غير ذلك من المنافع غير المقصودة عادة، ولما لم يمنع ذلك من الضمان علمنا أن الضمان مضاف للقدر المشترك بينهما منها، وهو ذهاب المقصود فيستويان في الحكم عملا باشتراكهما في الموجب.
(الثاني) أنه لو غصب عسلا وشيرجا ونشا فعقد الجميع فالوذجا ضمن عندهم مع بقاء منافع كثيرة من المالية فكذلك ها هنا
(وثالثها) أنه لو غصب عبدا فأبق أو حنطة فبلها بللا فاحشا ضمن عندهم مع بقاء التقرب في الأول بالعتق وبقاء المالية في الثاني لكن جل المقصود ذهب فكذلك ها هنا، ولا يقال في الآبق حال بينه وبين جميع العين، وفي الحنطة بتداعي الفساد إليها بالبلل لأنا نقول في صورة النزاع حال بينه وبين مقصوده، وأفسده عليه ناجزا مع إمكان تجفيف الحنطة، وعملها سويقا وغير ذلك من المنافع، واحتجوا بأمرين
(الأول) قوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] والاعتداء

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢٩/٤

حصل في البعض فتلزمه قيمة البعض

(وثانيهما) أن هذه الجناية لو حصلت في غير بغلة القاضي أو الأمير لم تلزمه القيمة فكذلك ها هنا كما لو جنى على عبده أو داره لأن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان، ويؤكده أنه لو قطع ذنب حمار التراب أو خرق ثوب الحطاب لم يلزمه جميع القيمة مع تعذر بيعه من الأمير، والقاضي لأنهما لا يلبسانه بسبب ذلك القطع اليسير، ولو قطع أذن الأمير نفسه أو أنف القاضي لما اختلفت الجناية فكيف بدابته مع أن شين القاضي بقطع أنفه أشد، والجواب عن الأول أنه متروك الظاهر لاقتضائه أن يعور فرس الجاني كما عور فرسه، وليس كذلك إجماعا، وقيل إن الآية وردت في الدماء لا في الأموال، ولأن قوله تعالى ﴿عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] أي أنفسكم إنما تناول أنفسنا لأنه ضمير الأنفس، وعن الثاني أن الدار جل مقصودها حاصل بخلاف الفرس.

و أما قولهم لا يختلف التقويم باختلاف البلاد بل يختلف فإن الدابة الصالحة للخاصة والعامة كالقضاة والخطباء أنفس قيمة لعموم الأغراض فيها، ولتوقع المنافسة في المزايدة فيها أكثر من التي لا تصلح إلا لأحد الفريقين، وأما أذن الأمير وأنف القاضي فإن القاعدة أن مزايا الرجال غير معتبرة في باب الدماء ومزايا الأموال متغيرة فدية أشجع الناس، وأعلمهم كدية أجبن الناس وأجهلهم فأين أحد البابين من الآخر.

(تمهيد) تحصل أن النقص عند العلماء ثلاثة أقسام تارة تذهب العين بالكلية فله طلب القيمة اتفاقا، وتارة

ـــــS. . . . .

ـــــQالعمل المعلوم من تعيينه ... يجوز فيه **الأجر** مع تبيينه

وللأجير أجرة مكمله ... إن تم أو بقدر ما قد عمله

إن العمل المعلوم من أجل تعين حده بالعمل أو بالأجل وذكر صفته (فالأول) كقوله أؤاجرك على صبغ هذا الثوب أو دبغ هذا الجلد أو خياطة هذا الثوب، وبين له صفة الصبغ والدبغ والخياطة (والثاني) كقوله أؤاجرك على بناء يوم أو خياطة شهر أو حراثة يومين ونحو ذلك فالعمل الذي هو الدبغ والصبغ ونحوهما لا بد أن يكون معلوما لهما، ولا بد أيضا أن يكون محدودا إما بالفراغ منه كخياطة ثوب وطحن إردب، وإما بضرب أجل كخياطة يوم أو صبغه أو دبغه أو طحنه فالمصنوعات إما أن تحدد بالفراغ أو بالأجل وغيرها كالرعاية والخدمة المعروفة ونحوهما يحد بضرب الأجل لا غير فإن جمع بين الأجل والعمل كقوله خط هذا الثوب في هذا اليوم بدرهم أو أكتري منك دابتك لتركبها إلى محل كذا في هذا اليوم أو أؤاجرك لتوصل الكتاب لمحل كذا في هذا اليوم أو الشهر بدرهم فهل تفسد مطلقا أو إنما تفسد إن كان الأجل

مساويا للعمل أو أنقص منه لا إن كان الأجل أكثر من العمل فلا تفسد فيه خلاف خليل، وهل تفسد إن جمعهما، وتساوي أو مطلقا خلاف، ومن ذلك الاستئجار على بيع ثوب مثلا لكن لما لم يكن البيع في مقدور الأجير كان جعالة إن حده بالعمل، وهو تمام العمل وإجارة إن حده بالزمن، ويستحق أجره بمضي الزمن حينئذ، وإن لم يبع اهـ.

المحتاج إليه منه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم وبين قاعدة ما مصلحته عدم اللزوم]

(الفرق التاسع والمائتان بين قاعدة ما مصلحته من العقود في اللزوم وبين قاعدة ما مصلحته منها في عدم اللزوم) اعلم أن الأصل في العقد اللزوم لأنه إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، والمناسب لذلك هو اللزوم إلا أن العقود مع هذا الأصل بالنسبة إلى لزومها بالقول وعدم لزومها به على ثلاثة أقسام ما يلزم اتفاقا أو على الراجح، وهو أربعة النكاح والبيع والكراء والمساقاة، وما لا يلزم به، وهو أربعة الجعل والقراض والتوكيل والتحكيم، وما هو مختلف فيه هل يلزم به أم لا، وفي ذلك يقول ابن غازي:

أربعة بالقول عقدها فرا ... بيع نكاح وسقاء وكرا

لا الجعل والقراض والتوكيل ... والحكم بالفعل بها كفيل

لكن في الغراس والمزارعه ... والشركات بينهم منازعه." (١)

"وفرض الأعيان، والفرق بينهما بأن فرض الكفاية ما لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق فتكرير فعل النزول بعد شيل الغريق لا يحصل مصلحة بعد ذلك، وفرض الأعيان هو ما تتكرر مصلحته بتكرره كالصلوات الخمس مصلحتها الإجلال والتعظيم لله تعالى، وهو يتكرر حصوله بتكرر الصلاة، وحينئذ يظهر أن أخذ اللقطة من فروض الكفاية.

وقال الشافعي – رحمه الله – بالوجوب والندب كما قال بهما مالك قياسا على الوديعة بجامع حفظ المال فيلزم الندب أو قياسا على إنقاذ المال الهالك فيلزم الوجوب، وقال أبو حنيفة أخذها مندوب إلا عند خوف الضياع فيجب وعند أحمد بن حنبل – رضي الله عنه – الكراهة لما في الالتقاط من تعريض نفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من التعريف فكان تركه أولى كتولي مال اليتيم وتخليل الخمر، وقد ذم الله تعالى

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٣١/٤

الدخول في التكاليف بقوله تعالى ﴿إنا عرضنا الأمانة على السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا﴾ [الأحزاب: ٧٢] أي ظلوما لنفسه بتوريطها وتعريضها للعقاب وجهولا بالعواقب والحزم فيها، والأمانة قال العلماء هي ها هنا التكاليف، ولم أر أحدا فصل وقسم أخذ اللقطة إلى الأحكام الخمسة إلا أصحابنا بل كلهم أطلقوا.

(الفرق العشرون والمائتان بين قاعدة ما يشترط فيه العدالة وبين قاعدة ما لا يشترط فيه العدالة)

قد تقرر في أصول الفقه أن

المصالح

إما في محل الضروريات أو في محل الحاجيات أو في محل التتمات، وإما مستغنى عنه بالكلية إما لعدم اعتباره، وإما لقيام غيره مقامه، والفرق ها هنا مبني على هذه القاعدة فإن اشتراط العدالة في التصرفات مصلحة لحصول الضبط بها وعدم الانضباط مع الفسقة، ومن لا يوثق به فاشتراط العدالة إما في محل الضرورات كالشهادات فإن الضرورة تدعو لحفظ دماء الناس وأموالهم وأبضاعهم وأعراضهم عن الضياع فلو قبل فيها قول الفسقة، ومن لا يوثق به لضاعت.

وكذلك الولايات كالإمامة والقضاء وأمانة الحكم، وغير ذلك من الولايات مما في معنى هذه لو فوضت لمن لا يوثق به لحكم بالجور، وانتشر الظلم، وضاعت المصالح، وكثرت المفاسد، ولم يشترط بعضهم في الإمامة العظمى العدالة لغلبة الفسوق على ولاتها فلو

———S. . . . .

———Qالأصل المذكور

(الثاني) عن الشافعي وأبي حنيفة وعبد الملك الرد إلى **الأجرة** مطلقا نظرا لاستيفاء العمل بغير عقد صحيح، وإلغاء الفاسد بالكلية (والثالث) عن ابن القاسم إن كان الفساد في العقد فقراض المثل أو لزيادة فأجرة المثل (الرابع) عن محمد بن المواز الأقل من قراض المثل والمسمى. (والخامس) تفصيل ابن القاسم الذي ذكره عياض في التنبيهات حيث قال مذهب المدونة إن الفاسد من القراض يرد إلى أجرة مثله إلا في تسع مسائل القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى **الضمان**، والمبهم، وبدين يقتضيه من أجنبي، وعلى شرك في المال، وعلى أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، وعلى أنه لا يشتري إلا سلعة معينة لما لا يكثر وجوده فاشترى غيرها، وعلى أن يشتري عبد فلان بمال القراض ثم يبيعه، ويتجر بثمنه قال الأصل، ولحق بالتسعة

عاشرة من غير الفاسد ففي الكتاب أي المدونة إذا اختلفا أي في الربح، وأتيا بما لا يشبه له قراض المثل، والضابط كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه ليست خارجة عن المال، ولا خالفته فهي لمشترطها، ومتى كانت خارجة عن المال أو كانت غررا حراما فأجرة المثل فعلى هذه الأمور الثلاثة تدور المسائل قال: وقال بعض الأصحاب، وضابطها كل ما يشترط فيه رب المال على العامل أمرا قصره به على نظره أو يشترط زيادة لنفسه أو شرطها العامل لنفسه فأجرة المثل، وإلا فقراض المثل.

ومنشأ الخلاف أمران: (أحدهما) أن المستثنيات من العقود إذا فسدت هل ترد إلى صحيح أنفسها، وهو الأصل كفاسد البيع أو إلى صحيح أصلها لأن المستثنى إنما استثني لأجل مصلحته الشرعية المعتبرة في العقد الصحيح فإذا لم توجد تلك المصلحة بطل الاستثناء، ولم يبق إلا الأصل فيرد إليه، والشرع لم يستثن الفاسد فهو مبني على العدم، وله أصل يرجع إليه، وسر الفرق بينه وبين البيع أن البيع ليس له أصل آخر يرجع إليه بخلاف القراض (الأمر الثاني) أن أسباب الفساد إذا تأكدت في القراض أو غيره بطلت حقيقة المستثنى بالكلية فتتعين الإجارة، وإذا لم تتأكد اعتبرنا القراض ثم بقي النظر بعد ذلك في المفسد هل هو متأكد أم لا نظرا في تحقيق المناط قال.

وقد نظم بعضهم مسائل ابن القاسم فقال." (١)

"مخبرك أيها القاضي بكذا فإنه إخبار عن اتصافه بالخبر للقاضي، وذلك لم يقع في الحال إنما وقع الإخبار عن هذا الخبر فظهر أن الخبر كيفما تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه.

وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأي شيء تشهد قال حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا أو أشهدني على نفسه بكذا أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك من العقود لا يكون هذا أداء شهادة، ولا يجوز للحاكم الاعتماد عليه بسبب أن هذا مخبر عن أمر تقدم فيحتمل أن يكون قد اطلع بعد ذلك على ما منع من الشهادة به من فسخ أو إقالة أو حدوث ريبة للشاهد تمنع الأداء فلا يجوز لأجل هذه الاحتمالات الاعتماد على شيء من ذلك إذا صدر من الشاهد فالخبر كيفما تقلب لا يجوز الاعتماد عليه بل لا بد من إنشاء الأخبار عن الواقعة المشهود بها، والإنشاء ليس بخبر، ولذلك لا يحتمل التصديق والتكذيب.

وقد تقدم الفرق بين البابين

ـــــSمخبرك أيها القاضي بكذا فإنه إخبار عن اتصافه بالخبر للقاضي وذلك لم يقع في الحال إنما وقع الإخبار عن هذا الخبر) .

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٣٤/٤

قلت هذا كلام من لا يفهم مقتضى الكلام وكيف لا يكون من يقول للقاضي أنا أخبرك بأن لزيد عند عمرو دينارا مخبرا للقاضي أن لزيد عند عمرو دينارا بل مخبرا بأنه مخبر وهل العبارة عن إخباره عن الخبر إلا عين تلك، وهي أنا مخبرك أني مخبرك لا أنا مخبرك بكذا، هذا كله تخليط لا يفوه به من يفهم شيئا من مضمنات الألفاظ ومقتضى مساقها قال (فظهر أن الخبر كيفما تصرف لا يجوز للحاكم الاعتماد عليه) قلت لم يظهر ما قاله أصلا ولا يصح بوجه ولا حال قال (وكذلك إذا قال الحاكم للشاهد بأي شيء تشهد قال حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا وأشهدني على نفسه بكذا أو شهدت بينهما بصدور البيع أو غير ذلك من العقود لا يكون هذا أداء شهادة إلى قوله فالخبر كيفما تقلب لا يجوز الاعتماد عليه) قلت إذا لم يكن قول الشاهد حضرت عند فلان فسمعته يقر بكذا أو أشهدني على نفسه بكذا بعد قول القاضي له بأي شيء تشهد شهادة فلا أدري بأي لفظ تؤدى الشهادة وما هذا كله إلا تخليط ووسواس لا يصح منه شيء ألبتة قال (بل لا بد من إنشاء الأخبار عن الواقعة المشهود بها) قلت يا للعجب وهل إنشاء الأخبار إلا الإخبار بعينه قال (والإنشاء ليس بخبر إلى قوله وقد تقدم الفرق بين البابين) قلت من هنا دخل عليه الوهم وهو أنه أطلق لفظ الإنشاء

ـــــــ المجعول لمتوليها إلا في صورة واحدة، وهي أن يكون عدم قيامه بها لعذر لا يعد بسببه مقصرا عادة، والمدة مع ذلك يسيرة عرفا كما أفاده السيد عبد الله العبدوسي في جواب له مذكور في المعيار، ونصه قال علماؤنا كل من جعل له مرتب على قراءة أو غيرها ثم لم يقم بذلك لعذر من مرض أو خوف أو لغير عذر فإنه لا يستحق ذلك المرتب كالأجير على شيء لا يقوم بحق المنفعة المستأجر عليها فإنه لا يستحق الأجرة إلا أن يكون ما عطل مدة يسيرة كخروجه إلى ضيعته، وتفقد شئونه أو يمرض المدة اليسيرة فإنه لا يحرم الأجرة اهـ.

ومثل للمدة اليسيرة في جواب له آخر مذكور فيه أيضا بالجملة ونحوها، وكذا نقل ابن عرفة عن ابن فتوح انظر القول الكاشف اهـ.

بلفظها، وقد قدمت في الفرق الخامس عشر والمائة عن الشيخ منصور الحنبلي في شرحه على الإقناع أن مذهبهم جواز استنابة الأجير في مثل تدريس وإمامة وخطابة ونحوها جائزة، ولو نهى الواقف عن ذلك إذا كان النائب مثل مستنيبه في كونه أهلا لما استنيب فيه فلا تغفل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

(فائدة) في حاشية الرهوني على عبق ما نصه ابن يونس الأصل في جواز الوكالة قوله تعالى ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩] وقوله ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾ [النساء: ٦]

والأوصياء كالوكلاء، ومن السنة حديث فاطمة بنت قيس حين طلقها زوجها، وجعل وكيله ينفق عليها، وأن «النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر رجلا أن يشتري له أضحية بدينار فاشترى شاتين بدينار فباع واحدة بدينار فأتاه بشاة ودينار فدعا له النبي – صلى الله عليه وسلم – بالبركة» ، والإجماع على جواز الوكالة للمريض والغائب والحاضر مثل ذلك اهـ منه بلفظه اهـ.

[الفرق بين قاعدة ما يوجب الضمان وبين قاعدة ما لا يوجبه]

(الفرق السابع عشر والمائتان بين قاعدة ما يوجب الضمان وبين قاعدة ما لا يوجبه) أقول هذا الفرق مكرر مع ما تقدم من الفرق الحادي عشر والمائة بين قاعدة ما يضمن وبين قاعدة ما لا يضمن.

وقد وضحته هناك أتم توضيح، وضممت ما زاده هذا على ما ذكره هناك مع زيادة من بداية المجتهد، وغيره لكنه ذكر هنا مسألتين تتعلق بهذا الفرق، ولم أذكرها هناك.

(المسألة الأولى) مشهور مذهبنا الذي حكاه اللخمي عن مالك وابن القاسم أن الضمان على الغاصب يوم الغصب دون ما بعده، وأن صداق المثل يجب للموطوءة في وطء الشبهة أول يوم الشبهة دون ما بعده، ووافقنا أبو حنيفة، وحجتنا في الغصب أمور ثلاثة: (الأمر الأول) القاعدة الأصولية، وهي أن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم، ورسول الله – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"ألا ترى أن ضمان العقد فاسدا كان أو جائزا يجب بالتراضي فوجب بناء التقوم على التراضي، وضمان العدوان يعتمد أوصاف العين والرجوع إليها يمنع التقوم على ما عرف ولأن التفاوت بين ما يبقى وتقوم العرض به وبين العرض القائم به تفاوت فاحش فلم يصلح مثلا له معنى بحكم الشرع في العدوان بخلاف ضمان العقود؛ لأن العقود مشروعة فبنيت على الوسع والتراضي

ـــــــQالعقد؛ لأن هذا الكلام يدل على أن العقد يرد على المنفعة ابتداء، ثم أجاب على مذهبه ثانيا بقوله ولأن التقوم إلى آخره ورجح مذهبه بقوله وهذا أصح ووجهه أن ما قاله الخصم قلب الحقيقة وهو جعل المعدوم موجودا وما قلنا إبقاء الأمر على حقيقة وتأخير الحكم إلى حين الوجود وأنه قابل للتأخر والتراخي كما إذا أوصى بما يثمر نخيله يتأخر حكمه إلى حين وجود الثمرة لا أنها تجعل موجودة، ولأن إقامة السبب مقام المسبب في الشرع أمر شائع كإقامة السفر مقام المشقة والنوم مقام الحدث والبلوغ مقام اعتدال العقل وحدث الملك مقام شغل الرحم في وجوب الاستبراء فأما جعل المعدوم موجودا فليس له في الشرع استمرار

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٤/٥٨

مثل استمرار ما ذكرنا فيكون ما قلنا أصح وقوله.

(ألا ترى أن ضمان العقد فاسدا كان أو جائزا يجب بالتراضي) جواب آخر عن ذلك السؤال المقدر بطريق التوضيح، وهذا الجواب يثبت وصفا مفارقا به يفسد القياس وصار كأنه قال لا يصح القياس؛ لأن التقوم ثبت غير معقول المعنى وإن كان معقول المعنى ففي المقيس عليه وصف يفارق به المقيس وهو الرضاء؛ لأن للرضاء أثرا في إيجاب أصل المال وفضله فيجب **الأجر** بالتراضي فأما ضمان العدوان فمبني على أوصاف العين والرجوع إلى أوصاف المحل يوجب عدم **الضمان** ههنا فصار هذا القياس كما قيل مس الفرج حدث كما إذا مس وبال، والغرض من إيراده هو الجواب عن العقد الفاسد؛ لأن ما ذكر أولا إنما يصلح جوابا عن العقد الصحيح لا عن الفاسد؛ لأن إثبات التقوم بطريق الضرورة إنما يكون في العقد الجائز دون الفاسد فيلزم منه أن لا تتقوم المنافع فيه كما في الإتلاف والغصب، فأما إثبات التقوم والتزام المال بطريق التراضي فموجود في العقد الصحيح والفاسد بخلاف الإتلاف والغصب، ثم الانفصال عن لزوم العقد الفاسد على ما ذكره أولا هو أن التقوم لما ظهر في حق العقد لا تميز فيه بين الصحيح والفاسد بل يؤخذ حكم الفاسد من الصحيح ولا يجعل الفاسد بنفسه أصلا.

قوله (ولأن التفاوت) قد ذكرنا أن التفاوت بين العين والمنفعة من وجهين أحدهما أن العين تبقى والمنفعة لا تبقى وثانيهما أن المنفعة تقوم بالعين لكونها عرضا والعين تقوم بنفسها فجمع الشيخ بين الوجهين بقوله بين ما تبقى وتقوم العرض به وبين العرض القائم به أي العرض الذي لا يبقى وهو مع ذلك قائم بغيره قوله (تفاوت فاحش) قال الشافعي – رحمه الله – التفاوت باعتبار البقاء لا يؤثر في المنع من إيجاب **الضمان** بعد المساواة في الوجود كما إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد نحو الجمد والبطيخ فإنه تضمن الدراهم ولا مساواة بينهما في البقاء؛ لأن الدراهم يبقى أزمنة كثيرة والجمد ونحوه لا يبقى فكذا التفاوت الذي بين العين والمنفعة في البقاء لا يمنع من وجوب **الضمان** لتساويهما في أصل الوجود، فأجاب الشيخ بأن التفاوت بينهما فاحش لا يبقى معه المساواة بينهما فمنع من إيجاب **الضمان**، وهذا؛ لأن المماثلة إنما تعتبر في المعنى الذي بني عليه **الضمان** وهو المالية لا في كل معنى فإن الدراهم مثل للحيوان في المالية لا غير وههنا التفاوت في نفس المالية لما ذكرنا أن مالية المنافع لا تساوي مالية الأعيان؛ لأنها لا تقبل البقاء والمالية صفة للموجود، فإذا كان." (١)

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ١٧٤/١

"وفيه إشارة إلى أن النسب إلى الأب؛ لأنه نسب إليه فاللام الملك، وفيه إشارة إلى أن للأب ولاية التمليك في مال ولده وأنه لا يعاقب بسببه كالمالك بمملوكه؛ لأنه نسب إليه فاللام الملك وعليه تبنى مسائل كثيرة وفيه إشارة إلى انفراد الأب بتحمل نفقة الولد؛ لأنه أوجبها عليه بهذه النسبة ولا يشاركه أحد فيها، فكذلك في حكمها، وفيه إشارة إلى أن الولد إذا كان غنيا والوالد محتاجا لم يشارك الولد أحد في تحمل نفقة الوالد لما قلنا من النسبة فاللام التمليك

ــــــــQإشارة إلى أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما كما ذهب إليه الشافعي.

وهو معارض بما روى أبو أمامة الباهلي - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال. «أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثرها عشرة أيام» .

وفي بعض الروايات «أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاث أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام» وهو عبارة فترجح على الإشارة. وكذلك قوله - عليه السلام - «إنما مثلكم ومثل اليهود والنصارى كرجل استعمل عمالا فقال من يعمل لي إلى نصف النهار على قيراط قيراط فعملت اليهود إلى نصف النهار على قيراط قيراط، ثم قال من يعمل لي من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط قيراط فعملت النصارى من نصف النهار إلى صلاة العصر على قيراط قيراط، ثم قال من يعمل لي من صلاة العصر إلى مغرب الشمس على قيراطين قيراطين ألا فأنتم الذين يعملون من صلاة العصر إلى مغرب الشمس ألا لكم **الأجر** مرتين. فغضبت اليهود والنصارى فقالوا: نحن أكثر عملا وأقل عطاء قال الله تعالى: وهل ظلمتكم من حقكم شيئا؟ قالوا: لا، قال: فإنه فضلي أعطيته من شئت» .

سيق لبيان فضيلة هذه الأمة وفيه إشارة إلى أن وقت الظهر أكثر من وقت العصر وذلك بأن يبقى وقت الظهر أن يصير ظل الشيء مثليه كما قاله أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه لو انتهى بصيرورة ظل الشيء مثله لكان وقت العصر أكثر من وقت الظهر.

وهو معارض بما روي في حديث إمامة جبريل - عليه السلام - أنه صلى الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثل ظله، وقال بعدما صلى الصلوات الوقت ما بين هذين الوقتين.

وهو عبارة فرجحها أبو يوسف ومحمد والشافعي وعامة العلماء على الإشارة وجواب أبي حنيفة مذكور في موضعه قوله (فمن ذلك) أي من الثابت بالإشارة أو مما اجتمع فيه العبارة والإشارة نسب إليه فاللام التمليك وأنه يوجب الاختصاص فدل على كونه أحق بالولد بالإجماع لا يصير أحق به ملكا؛ لأن الولد لا يصير ملكا لأبيه بحال فدل أنه صار أحق به نسبا فإن قيل الولد ينسب إلى الأم كما ينسب إلى الأب ويرث منها

كما يرث من الأب فما فائدة تخصيصه بالأب قلنا: فائدته تظهر في الأمور التي يميز لها بين نسب ونسب كالإمامة الكبرى والكفاءة واعتبار مهر المثل فيعتبر فيها جانب الأب دون الأم.

أن للأب ولاية التملك أي له حق أن يتملك مال الابن عند الحاجة ولكن ليس له حق ملك في الحال حتى جاز للابن التصرف في ماله بغير رضاه وحل له وطء جاريته بمنزلة الشفيع فإن له أن يتملك الدار المبيعة ولكن ليس له فيها حق ملك بوجه بخلاف المكاتب فإن له حق الملك في اكتسابه باعتبار اليد ولكن ليس له ولاية التملك حتى لم يحل وطء جاريته فهذا هو الفرق بين حق التملك وحق الملك.

وأنه لا يعاقب بولده أي بسبب ولده حتى لو قتل ابنه لا يقتص منه ولو قذفه بأن قال زنيت لا يجب عليه حد القذف ولا يحبس في دينه كالمالك بمملوكه أي كما لا يعاقب المالك بسبب مملوكه؛ لأن الولد نسب إليه فاللام الملك كالعبد.

١ -

وعليه أي على ثبوت حق التملك للأب مسائل كثيرة.

منها أنه لا يحد بوطء جارية ابنه وإن قال علمت أنها علي حرام. ومنها أنه لا يجب عليه العقر بوطئها لثبوت الملك قبل الوطء بناء على حق التملك. ومنها أنه إذا استولد جارية الابن يثبت النسب ولا يجب عليه رد قيمة الولد على الابن لما قلنا. ومنها أنه إذا أنفق ماله على نفسه عند ضرورة لا يؤاخذ **بالضمان**.

وفيه أي وفي قوله تعالى ﴿وعلى المولود له﴾ [البقرة: ٢٣٣] إشارة إلى انفراد الأب بتحمل نفقة الولد لأن الشرع أوجب النفقة على الأب، بناء على هذه." (١)

"وقد اتفق عمل أصحابنا بالتقليد فيما لا يعقل بالقياس فقد قالوا في أقل الحيض إنه ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام ورووا ذلك عن أنس وعثمان بن أبي العاص الثقفي وأفسدوا شراء ما باع بأقل مما باع عملا بقول عائشة - رضي الله عنها - في قصة زيد بن أرقم - رضي الله عنه -

ــــــــQقدر رأس مال السلم أي تسمية مقداره ليس بشرط أي فيما إذا كان رأس المال مشارا؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف من العبارة والتسمية.

والإعلام بالعبارة يصح بالإجماع فكذا بالإشارة فعملا بالقياس وقد روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - خلافه، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - شرط الإعلام فيما ذكرنا لجواز السلم وقال: بلغنا ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله في الحامل أنها تطلق ثلاثا للسنة

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢/٢١١

قياسا على الآيسة والصغيرة؛ لأن الحيض في حقها غير مرجو إلى زمان وضع الحمل كما هو غير مرجو في حق الصغيرة إلى زمان البلوغ فيجوز أن يقام الشهر في حقها مقام الطهر أو الطهر والحيض في كونه زمان تجدد آخر عنه بخلاف ممتدة الطهر؛ لأن الحيض في حقها مرجو ساعة فساعة فلا يجوز إقامة الشهر في حقها مقام تجدد آخر عنه فعملا بالقياس، وقال محمد: - رحمه الله - لا تطلق للسنة إلا واحدة بلغنا ذلك عن جابر وابن مسعود والحسن البصري - رضي الله عنهم - وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المشترك وهو الذي لا يستحق **الأجر** إلا بالعمل كالصباغ والقصار إنه ضامن لما ضاع في يده إذا كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة ونحوها، فأما إذا لم يكن الاحتراز عنه كالغرق الغالب والحرق الغالب والغارة العامة فلا ضمان فيه بالاتفاق وروينا ذلك أي وجوب **الضمان** عن علي - رضي الله عنه -، فإنه كان يضمن الخياط والقصار صيانة لأموال الناس وخالف ذلك أي المروي عن علي أبو حنيفة - رحمه الله - بالرأي فقال: إنه أمين فلا يضمن شيئا كالأجير الواحد والمودع وذلك؛ لأن **الضمان** نوعان: ضمان جبر وضمان شرط لا ثالث لهما، وضمان الجبر يجب بالتعدي والتفويت، وضمان الشرط يجب بالعقد ولم يوجد التعدي والتفويت؛ لأن قطع يد المالك حصل بإذنه والحفظ لا يكون خيانة ولم يوجد عقد موجب للضمان أيضا فبقيت العين أمانة في يده فلا يضمن بالهلاك كالوديعة.

(قوله وقد اتفق عمل أصحابنا) يعني المتقدمين والمتأخرين بالتقليد فيما لا يعقل بالقياس أي بالرأي مثل المقادير الشرعية التي لا تعرف بالرأي، فإنهم قالوا أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة ورووا ذلك عن أنس - رضي الله عنه - وقد رووا أكثر النفاس بأربعين يوما بقول عثمان بن أبي العاص الثقفي كذا ذكر شمس الأئمة في أصول الفقه إلا أن النفاس لما كان مبنيا على أكثر الحيض لكونه أربعة أمثال أكثر الحيض يلزم أن يكون أكثر الحيض عشرة أيام عند هذا القائل فلذلك قال الشيخ ورووا ذلك أي تعدي الحيض عن أنس وعثمان مع أنه قد أسنده إلى عثمان صريحا في المبسوط فقال: روى أبو أمامة الباهلي - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام» وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وعثمان بن أبي العاص الثقفي وأنس بن مالك - رضي الله عنهم - وأفسدوا شراء ما باع بأقل مما باع يعني قبل أخذ الثمن مع أن القياس يقتضي جوازه كما قال الشافعي؛ لأن الملك في المبيع قد تم بالقبض للمشتري فيجوز بيعه من البائع بما شاء كالبيع من غيره وكالبيع بمثل الثمن منه عملا بقول عائشة

– رضي الله عنها – وهو ما روت أم يونس أن امرأة جاءت إلى عائشة – رضي الله عنها – وقالت: إني بعت من زيد بن أرقم خادما." (١)

"ولم يجب عليه وإذا انفصل فظهرت ذمته مطلقة كان أهلا بذمته للوجوب غير أن الوجوب غير مقصود بنفسه فيجوز أن تبطل لعدم حكمه وغرضه فكما ينعدم الوجوب لعدم محله فكذلك يجوز أن ينعدم لعدم حكمه أيضا فيصير هذا القسم منقسما بانقسام الأحكام، وقد مر التقسيم قبل هذا في أول الفصل.

فأما في حقوق العباد فما كان منها غرما وعوضا فالصبي من أهل وجوبه لأن حكمه وهو أداء العين يحتمل النيابة لأن المال مقصود لا الأداء فوجب القول بالوجوب عليه متى صح سببه وما كان صلة لها شبه بالمؤن وهي نفقة الزوجات والقرابات لزمه أيضا

ــــــــو بالحياة معدا للانفصال وصيرورته نفسا برأسه لم يكن جزء الأم مطلقا فلم يكن له ذمة مطلقة أي كاملة حتى صلح لأن يجب له الحق من العتق والإرث والوصية والنسب ولم يجب عليه أي لا يصلح لأن يجب عليه الحق حتى لو اشترى الولي له شيئا لا يجب عليه الثمن ولا يجب عليه نفقة الأقارب ونحوهما وإذا انفصل عن الأم بالولادة فظهرت ذمته مطلقة لصيرورته نفسا من كل وجه وهو عطف على الشرط والجواب كان أي صار أهلا بسبب ذمته للوجوب له وعليه وكان ينبغي أن تجب عليه الحقوق بجملتها كما تجب على البالغ لتحقق السبب وكمال الذمة غير أن الوجوب أي لكن نفس الوجوب غير مقصود بنفسه بل المقصود منه حكمه وهو الأداء عن اختيار ليتحقق الابتلاء ولم يتصور ذلك في حق الصبي لعجزه.

فيجوز أن يبطل الوجوب أي لا يثبت في حقه أصلا لعدم حكمه وهو المطالبة بالأداء وغرضه وهو الابتلاء لعدم محله كبيع الحر وإعتاق البهيمة فيصير هذا القسم يعني لما جاز أن يبطل الوجوب لعدم الحكم صار هذا القسم وهو الوجوب أو أهلية الوجوب منقسما بانقسام الأحكام لا باعتبار ذاته فكل قسم يتصور شرعيته في حق الصبي يجوز أن يثبت وجوبه في حقه وما لا فلا.

ثم الأحكام منقسمة إلى حق الله تعالى وحق العبد والذي اجتمع فيه الحقان إلى آخر الأقسام المذكورة في أول باب معرفة العلل والأسباب والشروط وبعضها مشروع في حق الصبي كحق العبد من الأموال فيكون أهلا لوجوبه وبعضها ليس بمشروع أصلا في حقه كالعقوبات فلا يكون أهلا لوجوبه فلم يكن بد من تفصيل

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢١٨/٣

الأحكام في حقه وترتيب الوجوب عليها وتقسيم الوجوب بحسب انقسامها فشرع في بيان ذلك بقوله فأما في حقوق العباد فما كان منها غرما كضمان الإتلافات وعوضا كثمن للبيع **والأجرة** فالصبي من أهل وجوبه وإن لم يكن عاقلا حتى لو أتلف مال إنسان أو اشترى له الولي شيئا أو استأجره له يجب عليه **الضمان** والثمن **والأجرة** لأن حكمه الضمير راجع إلى ما أو للوجوب أي حكم الوجوب في حقوق العباد يحتمل النيابة لأن المال هو المقصود في حقوق العباد دون الفعل إذ المقصود دفع الخسران بما يكون خيرا له أو حصول الربح وذلك يكون بالمال وأداء وليه كأدائه في حصول هذا المقصود به فوجب القول بالوجوب عليه متى صح سببه بأن تحقق الإتلاف أو وجد البيع بشرائطه المال الواجب صلة هو الذي لا يستفاد به عوض.

أما نفقة الزوجات فلها شبه بالأعواض أجمعوا على أن نفقة المرأة لا تجب عوضا حقيقة لأن المعاوضة إنما تثبت فيما دخل تحت العقد بالتسمية بطريق الأصالة بدليل أن المعاوضة بالبيع إنما تثبت بين المبيع والثمن ولا تثبت بين حقوق العقد وثمراته ولا بين أوصاف المبيع والثمن وإن دخلت تحت التسمية لأنها دخلت تبعا ولأن المرأة متى حبست نفسها لاستيفاء المهر استحقت النفقة ولو كانت عوضا عن الاحتباس للرجل لسقطت بفوته كيف ما فات كما في الإجارة متى لم تسلم المؤاجر ما آجر بأي وجه منع سقط **الأجر** ولكنها عند الشافعي تجب صلة مستحقة بالعقد ثمرة من ثمراته ثم لزمها الاحتباس." (١)

"أما النفع المحض فيصح منه مباشرته لأن الأهلية القاصرة والقدرة القاصرة كافية لجواز الأداء ألا يرى أن مباشرة النوافل منه صحت لما قلنا، وفي ذلك جاءت السنة المعروفة قال النبي – صلى الله عليه وسلم – «مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها إذا بلغوا عشرا» وإنما هذا ضرب تأديب وتعزير لا عقوبة فكذلك ما هو نفع محض من التصرفات مثل قبول الهبة وقبول الصدقة وذلك مثل بدل الخلع من العبد المحجور بغير إذن المولى فإنه يصح، وكذلك إذا أجر الصبي المحجور نفسه ومضى على العمل وجب **الأجر** للحر استحسانا ووجب للعبد بشرط السلامة ولا يشترط السلامة في الصبي الحر

ـــــــالعقوبة، إليه أشار شمس الأئمة – رحمه الله – وكان ينبغي أن يقتل إذا بلغ مرتدا كما هو جواب القياس بوجود الارتداد بعد الإسلام وزوال العذر وهو الصبا وتحقق معنى المحاربة بعد البلوغ إلا أن في الاستحسان لا يقتل ويجبر على الإسلام لأن اختلاف العلماء في صحة إسلامه في الصغر صار شبهة في إسقاط القتل ولكن لو قتله إنسان قبل البلوغ أو بعده لا يغرم شيئا لأن من ضرورة صحة ردته إهدار دمه

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/ ٢٤٠

وليس من ضرورتها استحقاق قتله كالمرأة إذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها إنسان لا يلزمه شيء كذا في المبسوط.

قوله (أما النفع المحض فيصح من الصبي مباشرته) لأن تصحيحه ممكن بناء على وجود الأهلية القاصرة وفي تصحيحه نظر له ونحن أمرنا بالنظر في حقهم لما قلنا يعني صحة النوافل باعتبار ما ذكرنا أن الأهلية القاصرة كافية لأداء ما هو نفع محض والنوافل نفع محض وفي ذلك أي في جواز أداء النوافل منه واضربوهم عليها أي على ترك الصلاة والامتناع عن أدائها.

وقوله: وإنما هذا إلى الضرب المذكور في الحديث كذا جواب عما يقال كيف يصح ضرب الصبي والأمر به على الامتناع من أداء الصلاة وهو عقوبة وقد ذكرت أن ما هو عقوبة ساقط عنه فقال هذا أي الضرب المذكور في الحديث ضرب تأديب وتعزير ليتخلق بأخلاق المسلمين ويعتاد أداء الصلاة في المستقبل لا عقوبة على ترك الصلاة في الماضي والضرب للتأديب من أنفع المنافع في حق الصبي كما قيل:

أدب بنيك إذا ما استوجبوا أدبا ... فالضرب أنفع أحيانا من الندم

فكذلك أي فكأداء النوافل في الصحة ما هو نفع محض من التصرفات مثل قبول الهبة والصدقة وقبضهما والاصطياد والاحتطاب ونحوها وذلك أي قبول الهبة والصدقة أو مباشرة ما هو نفع محض من الصبي مثل قبول بدل الخلع من العبد المحجور بأن خالع امرأته على مال وقبضه منها بغير إذن مولاه فإنه يصح لأنه حجره عما فيه ضرر أو توهم ضرر له وهذا نفع محض في حقه فلا يتوقف على إذنه ولا يظهر الحجر فيه قوله (وكذلك) أي ومثل قبول بدل الخلع من العبد المحجور إذا آجر الصبي إلى آخره لا يجوز للصبي المحجور ولا للعبد المحجور أن يؤاجر نفسه لأن الإجارة عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وإنما ذلك إلى المولى أو الولي ولهذا لا يستحق تسليم النفس بهذا العقد لما فيه معنى الضرر.

فإن عمل الصبي أو العبد ففي القياس لا أجر له لأن العقد لم يصح ووجوب **الأجرة** باعتباره فإذا فصد لم يجب **الأجر** وفي الاستحسان وجب **الأجر** لكل واحد منهما لأن هذا العقد يتمحض منفعة بعد إقامة العمل فإنا لو اعتبرنا العقد استوجب **الأجر** ولو لم نعتبره لم يجب له **الأجر** والصبي أو العبد لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة كقبول الهبة والصدقة لأن الحجر لدفع الضرر ففيما لا ضرر فيه بوجه لا حجر فإن عطب العبد في العمل كان المستأجر ضامنا لقيمته لأنه غاصب له حين استعمله بغير إذن مولاه ولا

أجر عليه لأنه ملكه **بالضمان** من حين وجب عليه **الضمان** وإنما أوجبنا **الأجر** عليه لنفع المولى ووجوب **الضمان** أنفع له من لزوم." (١)

"وكذلك العبد إذا قاتل بغير إذن المولى والصبي بغير إذن الولي استوجب الرضخ استحسانا ويحتمل أن يكون هذا قول محمد – رحمه الله – فإنه لم يذكر إلا في السير الكبير ووجب القول بصحة عبارة الصبي في بيع مال غيره وطلاق غيره أو عتاق غيره إذا كان وكيلا لأن الآدمي يكرم لصحة العبارة وعلم بيان قال الله تعالى ﴿علمه البيان﴾ [الرحمن: ٤] فكان القول بصحته من أعظم المنافع الخالصة وفي ذلك يوصل إلى درك المضار والمنافع واهتداء في التجارة بالتجربة قال الله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦] .

وأما ما كان ضررا محضا فليس بمشروع في حقه فبطلت مباشرته وذلك مثل الطلاق والعتاق والهبة والقرض والصدقة ولم يملك ذلك عليه غيره

ـــــــ**الأجر** بخلاف الصبي الحر فإنه وإن هلك في العمل فله **الأجر** بقدر ما قام من العمل لأن الحر لا يملك **بالضمان** فلم يكن بد من إيجاب **الأجر** فهذا معنى قوله ووجب أي **الأجر** للعبد أي لمولاه بشرط السلامة ولا يشترط السلامة في الحر قوله (وكذلك) أي وكالصبي أو العبد إذا أجر نفسه العبد إذا قاتل بغير إذن مولاه أو الصبي إذا قاتل بغير إذن وليه لا شيء له في القياس لأنه ليس من أهل القتال وإنما يصير أهلا له عند إذن المولى أو الولي فيكون حاله كحال الحرفي المستأمن إن قاتل بإذن الإمام استحق الرضخ وإلا فلا.

وفي الاستحسان يرضخ له لأنه غير محجور عن الاكتساب وعما يتمحض منفعة واستحقاق الرضخ بعد الفراغ من القتال بهذه الصفة فيكون هو كالمأذون فيه من جهة المولى أو الولي دلالة قوله (ويحتمل أن يكون هذا) أي استحقاق الرضخ استحسانا قول محمد خاصة لأن عنده أمان الصبي المحجور والعبد المحجور أي أمانهما صحيح وذلك لا يصح إلا ممن له ولاية وإذا كان لهما ولاية القتال كان كل واحد منهما مستحقا للرضخ عند الفراغ من القتال

والدليل عليه أن محمدا – رحمه الله – لم يذكر هذه المسألة إلا في السير الكبير وأكثر تفريعاته مبني على أصله كتفريعات الزيادات فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلا يستحق واحد منهما شيئا

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٢٥٤

لأن أمان العبد المحجور والصبي المحجور ليس بصحيح عندهما فلم يكن لهما ولاية القتال ولهذا لا يحل لهما شهود القتال بدون الإذن بالإجماع فلا يستحقان شيئا بالقتال كالحربي إذا قاتل والأصح أن هذا جواب الكل لما ذكرنا أن الحجر عن القتال لدفع الضرر وقد انقلبت نفعا بعد الفراغ فلا معنى للمنع من الاستحقاق قال الله تعالى ﴿علمه البيان﴾ [الرحمن: ٤] من عليه بتعليم البيان لأن الإنسان يتميز عن سائر الحيوان بالبيان وهو المنطق الفصيح المعرب عما في الضمير.

وفي الحديث «المرء بأصغريه بقلبه ولسانه» وقال الشاعر:

لسان الفتى نصف ونصف فؤاده ... فلم تبق إلا صورة اللحم والدم

فكان القول بصحته أي بصحة كلامه إذا لم يتضمن ضررا من أعظم المنافع الخالصة أي عن الضرر وفي ذلك أي في القول بصحة عبارته إذا توكل بهذه التصرفات توصل إلى درك المنافع من الأرباح والمضار من الغبن والخسران واهتداء في التجارة بالتجربة من غير أن يلحقه ضرر ونقصان وإليه أشير في قوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦] أي اختبروا عقولهم وتعرفوا أحوالهم ومعرفتهم بالتصرف قبل البلوغ حتى إذا تبينتم منهم رشدا أي هداية دفعتم إليهم أموالهم من غير تأخير عن حد البلوغ فعلم أن اهتداءه في التجارة أمر مطلوب ونفع محض فوجب القول بصحة ما يحصل به الاهتداء ولكن لا يلزمه بهذه التصرفات عهدة إذا لم يكن مأذونا لما سنبينه ولا يلزم على ما ذكرنا عدم صحة أداء شهادته مع أن في ذلك تصحيح عبارته لأن صحة أداء الشهادة مبنية على الأهلية الكاملة لأن الشهادة إثبات الولاية على الغير في الإلزام بغير رضاء وبدون الأهلية الكاملة لا نثبت هذه الولاية قوله.

(فأما ما كان ضررا محضا فليس بمشروع في حقه) لأن الصبي مظنة المرحمة." (١)

"وكذلك إذا استأجر حرا أو استعان به وذلك موضع إشكال ولم يبين فإن ضمان ما يعطب به على الآمر استحسانا لما قلنا من صحة الأمر وإذا كان في جادة الطريق لا يشكل حاله بطل الأمر واقتصرت الجناية على المباشر وكذلك من قتل عبد غيره بأمر المولى انتقل إلى المولى نفس القتل في حق حكمه كأنه باشره؛ لأنه موضع شبهة بخلاف ما إذا قتل حرا بأمر حر آخر في أن **الضمان** على المباشر والإكراه صحيح بكل حال فوجب أن ينسب الفعل إلى الذي أكرهه وأما الإكراه الذي لا يوجب الإلجاء فلا يوجب النقل؛ لأنه يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار والمشيئة فلذلك لم يجعل آلة له.

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٢٥٥

وأما القسم الذي لا يحتمل أن يجعل الفاعل فيه آلة لغيره فذلك مثل الأكل والوطء والزنا؛ لأن الأكل بفم غيره لا يتصور وكذلك إذا كان نفس الفعل مما يتصور أن يكون الفاعل فيه آلة لغيره صورة إلا أن المحل غير الذي يلاقيه الإتلاف صورة وكان ذلك يتبدل بأن يجعل آلة بطل ذلك واقتصر الفعل على المكره؛ لأن المحل الذي إذا تبدل كان في تبديله بطلان الإكراه؛ لأن الإكراه (رابع) لا أثر له في تبديل المحال وفي تبديل المحل خلاف للإكراه وفي خلافه بطلان الإكراه وإذا بطل اقتصر الفعل على الفاعل وعاد الأمر إلى المحل الأولى وبطل التبديل

ــــــباشر إحداثه في ذلك الموضع وصاحب الدار ممنوع عن إحداثه وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعله بنفسه.

وجه الاستحسان أن الأجير يعمل للآجر ولهذا يستوجب عليه **الأجر** وقد صار مغرورا من جهته حين لم يعلمه أن ذلك الموضع ليس في ملكه أو تصرفه وإنما حفر اعتمادا على أمره وعلى أن ذلك من فنائه فلدفع ضرر الغرور ينقل فعلهم إلى الآمر فيصير كأنه حفر بنفسه وإذا كان الحفر في جادة الطريق لا يشكل حله أي يعلم أنه ليس في فنائه بطل الأمر؛ لأنه غير مالك للحفر بنفسه في ذلك الموضع وإنما يعتبر أمره لإثبات صفة الحل به أو لدفع الغرور عن الحافر وقد عدما جميعا في ذلك الموضع فسقط اعتبار أمره فاقتصرت الجناية على المباشر فكان **الضمان** عليه وكذلك أي وكالحر المستأجر من قتل عبد غيره بأمر مولاه انتقل إلى المولى نفس القتل في حق حكمه كأن المولى باشره بنفسه وإن لم ينتقل في حق الإثم حتى لم يجب ضمان ولا قود؛ لأنه أي قتل العبد بأمر مولاه موضع شبهة أي اشتباه؛ لأن العبد وإن كان مبقى على أصل الحرية في حق الدم والحياة فلا يصح الأمر بقتله من هذا الوجه ولكن ماليته للمولى فيصح أمره بإتلافها من هذا الوجه كما يصح الأمر بقتل شاة مملوكة له فيصير هذا الوجه شبهة في سقوط القود **والضمان** بخلاف ما إذا قتل حرا بأمر حر آخر يعني من غير إكراه فإن **الضمان** على المباشر؛ لأن هذا الأمر لم يصح بوجه لعدم الولاية فلا يصير شبهة في سقوط القود **والضمان**.

وهذا إذا لم يكن الآمر ذا سلطنة فإن كان سلطانا فأمره بمنزلة الإكراه إذا كان المأمور يخاف على نفسه بمخالفة أمره؛ لأن من عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل ولكنهم يأمرون ثم لا يعاقبون من خالف أمرهم إلا بالقتل فباعتبار هذه العادة كان الأمر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل كذا في المبسوط والإكراه صحيح كل حال يعني إنما ينسب الفعل إلى الآمر بالأمر إذا صح الأمر وإذا لم يصح اقتصر على الفاعل

كما بينا فأما في الإكراه فينسب الفعل إلى المكره إذا أمكن بكل حال سواء أكره حرا على قتل عبده أو على قتل حر آخر وسواء أكره على الحفر في موضع الاشتباه أو في غير موضع الاشتباه كجادة الطريق؛ لأن الإكراه صحيح أي متحقق في الوجوه كلها لا يمكن دفعه فوجب نسبة الفعل إلى المكره.

قوله (وأما الإكراه الذي لا يوجب الإلجاء) كالإكراه بحبس أو بقيد أو بضرب لا يخاف منه على نفسه فلا يوجب نقل الفعل إلى المكره حتى اقتصر **الضمان** والقود على الفاعل؛ لأن المكره إنما يصير كالآلة عند تمام الإلجاء لفساد الاختيار باعتبار خوف التلف على نفسه وليس في التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فبقي الفعل مقصورا على المكره.

قوله (مثل الأكل والوطء) الأكل يحتمل النسبة إلى المكره من حيث هو أكل باتفاق الروايات عن أصحابنا حتى لو أكره على الأكل وهو صائم يفسد صومه ولا يفسد صوم المكره لو كان صائما؛ لأن المكره لا يصلح آلة للمكره في نفس الأكل فيقتصر على المكره فأما نسبته إلى المكره من حيث إنه إتلاف فقد اختلفت الروايات فذكر في شرح الطحاوي والخلاصة وغيرهما أنه لو أكره على أكل مال الغير يجب **الضمان** على المكره دون المكره وإن كان المكره يصلح آلة له من حيث الإتلاف كما في الإكراه على الإعتاق؛ لأن منفعة الأكل هاهنا حصلت للمكره فيجب **الضمان** عليه.

كما لو أكره على الزنا لا يجب الحد ويجب العقر على الزاني ولا يرجع على المكره؛ لأن منفعة الوطء حصلت له بخلاف الإكراه على الإعتاق حيث يجب **الضمان** على المكره؛ لأن مالية العبد تلفت بالإكراه من غير أن تحصل المنفعة للمكره، وذكر صاحب." (١)

"ومنها: الخلع: وفيه خلاف في البيع، وأولى بالمنع.

ومنها: لا يزوج الولي المرأة من نفسه؛ خلافا لأبي يحيى البلخي.

ومنها: هل له تزويج أمته من عبده الصغير، إذا جوزنا أن له إجباره فيه وجهان.

ومنها: إذا وكله أن يصالح من نفسه؛ فوجهان -في البحر إذا عين له ما يصالح به؛ فإن أطلق لم يجز له أن يصالح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين.

ومنها: قال المحاملي: لو قال كاتب نفسك على نجمين فعلى هذين الوجهين.

فروع المقرض المقترض في مؤنة الرهن، وعامل المساقاة وهرب الجمال وناظر الوقف، ومؤنة اللقطة ومؤنة

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٣٩٣

تعريفها في مؤنة الرهن، وعامل المساقاة وهرب الجمال وناظر الوديعة، ونفقة الأم على الولد، وكذلك١، الجدة، وأجرة سكنى المعتدة، وأكل الطعام في المخمصة، وكل ذلك للضرورة. واختصاصه بالضرورة ينبهك على خروجه عن القواعد.

قال الشيخ عز الدين في أكل طعام الغير في المخمصة: "أقام الشرع المضطر في المخمصة مقام مقرض ومقترض ولك أن تقول: أو جعل هذا الإتلاف، وألزمه -بسببه- **الضمان** ولا حاجة إلى تقدير فرض، وبالجملة. الموضع موضع ضرورة -فليغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

فروع المطلق والمطلق، والمعتق والمعتق.

فروع المتصدق والمتصدق عليه.

فروع المستوفي المستوفى منه.

مسألة: أذن المؤجر للمستأجر في صرف **الأجرة** في العمارة، توكيل الدائن المديون في استيفائه، ومستحق القصاص من عليه القود -نفسا أو طرفا- والإمام السارق في قطع اليد.

وفي الكل وجهان؛ حكى الإمام آخرهما في توكيل الجاني ليجلد نفسه، واستبعده -من جهة أنه متهم في إيلام نفسه- قال الرافعي: والمذهب في الكل المنع.

قلت: وأقرب الكل إلى الصحة استيفاء الدين؛ إذ لا محذور فيه والصور مشتركة في اتجاه المستوفي والمستوفى منه غير أن بعضها ليس فيه زيادة على ذلك فيسهل

---

١ في "ب" وكذا الجد.." (١)

"وهنا ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه يصح.

وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض بريء الغاصب والمستعبر من **الضمان**. وفي مؤنة الرهن. إذا قال: كان الراهن غائبا ولا مال له، وقال المرتهن: أنا أنفق وأرجع.

وفي عامل المساقاة وفي هرب الجمال.

وفيما إذا انهدم الوقف الرافعي: يجوز للإمام أن يأذن للناظر في الاستقراض، أو الإنفاق على العمارة -من مال نفسه، وليس له الاستقراض دون إذن.

قلت: ويحتاج إلى الفرق بينه، وبين ولي اليتيم؛ إذ له أن يقترض له.

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ٢٦١/١

ومنها: مؤنة التعريف في اللقطة:

ومنها: نفقة اللقيط.

ومنها: إذا احتاجت الوديعة إلى نفقة؛ فأنفق من غير إذن الحاكم إذا لم يقدر على إذنه؛ ففي الرجوع أوجه في "الحاوي" ثالثها يرجع إن أشهد.

ومنها: لو خالع بحضانة ولده -وصححناه- فله أن يأمرها بصرف الطعام والشراب لولده.

وفي "الشامل" أنه ينبغي جريان خلاف فيه من الملتقط إذا أذن له في الإنفاق على اللقيط من م١له بشرط الرجوع.

ومنها: الطفل إذا امتنع الأب من الإنفاق عليه فأنفقت الأم من مالها -على قصد الرجوع- وأشهدت، رجعت، وإلا. فوجهان؛ كذا قال الرافعي ولعل ذلك إذا لم يكن قاض.

ومنها: في نفقة القريب إذا امتنع القريب، في كلام الرافعي أن القريب يستقرض على قريبه، وينفق على نفسه؛ فهذا مستقرض لنفسه على غيره.

وقد ذكروا الإشهاد في هذه الصور، ولم يتكلموا على [أنه ما] ١ يشهد -لوضوحه- إلا في المساقاة.

قال الرافعي: يشهد على العمل: أو [على] ٢ الاستئجار، ويدل الأجرة بشرط الرجوع؛ فإن لم يتعرض للرجوع فهو كترك الإشهاد قاله في الشامل.

---

١ في "ب" ماذا.

٢ سقط في "ب".." (١)

"ولو باع النصاب في أثناء الحول، ثم استرده بسبب جديد، لم يقل أحد بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول؛ فلذلك قضى الشيخ الإمام [بعدم] ١ اطراد القاعدة، ولم يرها أصلا يعتمد، وخرج ابن الرفعة عليها الوجهين فيما لو أدى الضامن الدين ثم وهبه رب الدين منه، هل يرجع على الأصيل [المضمون] ٢ عنه؛ فإن قلنا: كالذي لم يزل، لم يرجع على الأصيل المضمون عنه وإلا رجع.

وضعف بناء [الرافعي] ٣ أياهما على القولين، فيما لو وهبت الصداق من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول، من حيث إن الهبة لو فقدت ووقع الطلاق؛ لكان الشطر عائدا: للزوج بعينه، قال: فهبته منه تعجيل ما٤ سيجب، وهذا المعنى لا يتحقق فيما نحن فيه.

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١/٢٦٤

قلت: وتخريج القولين -في هبة الصداق- على القاعدة ظاهرة، ولهذا يظهر تخريج مسألة **الضمان** عليهما.

فإن قلت: فلم احتجب إلى الواسطة.

قلت: لعله لما ذكره ابن الرفعة.

قاعدة: لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.

ولا يرد ما إذا استعمل العارية -بعد الرجوع- جاهلا به؛ حيث لا تجب عليه **الأجرة** فيما إذا ذكر القفال: "وإذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل -بغير حق- والمأمور لا يعلم؛ حيث لا دية على القاتل.

وإذا جن المحرم، ثم قتل صيدا؛ حيث لا جزاء واجب في الأظهر من القولين.

وإذا قتل مسلما -ظن كفره- بدار الحرب؛ فالأصح لا تجب الدية. وإذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون؛ حيث لا دية إذا جهل إسلامه.

وإذا باشر الولي [القصاص] ٥ من الحامل جاهلا بحملها فالأصح أن الدية على السلطان.

---

١ في "ب" بعد.

٢ في "ب" المعتمد.

٣ سقط من "ب".

٤ في "ب" لما.

٥ في "ب" الاقتصاص.." (١)

"قاعدة: فاسد كل عقد كصحيحه في **الضمان** وعدمه١. قال القاضي الحسين: إلا ما شذ عن ذلك وهو عقد الشركة إذا كانت صحيحة؛ فعمل كل واحد منهما في مال صاحبه. لا يكون عمله مضمونا وإذا كانت فاسدة يكون مضمونا وعكس هذا المسابقة على الخيل أو الرمي صحيحها يكون مضمونا بخلاف فاسدها.

قال ابن الرفعة: والمقبوض في الهبة الفاسدة مضمون -على وجه- بخلاف الصحيحة.

قلت: ومسائل أخرى:

منها: صحيح الوديعة لا ضمان فيه على المودع، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن.

ومنها: إذا قال: قارضتك على أن جميع الربح لي -وقلنا: هو قراض فاسد، لا يستحق شيئا على الأصح -

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١/٢٧٧

وإن ربح- وفي القراض الصحيح يستحق المسمى فصحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة.
ومنها: لو عرض العين المستأجرة على المستأجر، فامتنع من [تسلمها] ٢ إلى أن انقضت المدة، استقرت **الأجرة**، ولو كانت الإجارة فاسد لم تستقر صرح به صاحب التهذيب.
ومنها: إذا نكح امرأة نكاحا صحيحا، وماتت من الولادة، لم يضمنها -بلا خلاف- ولعله إجماع- ولو كان النكاح فاسدا؛ ففي ضمانها قولان في البحر.
فائدة: ليس مرادنا -من قولنا: الفاسد كالصحيح في **الضمان** أنه يجب فيه المسمى كما في الصحيح؛ بل أنه مثله في أصل **الضمان**؛ فيجب -في الإجارة الفاسدة- أجرة المثل ونحو ذلك، لا خصوص المسمى.
فلا يجب المسمى في شيء من العقود الفاسدة إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا بذل الكافر مالا على الدخول في حرم مكة فإن الإمام لا يجيبه فإن فعل فالصلح فاسد؛ فإن فعل أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة فإنه إنما ثبتت فيها أجرة المثل، فإنه هنا استوفى في العوض، وليس لمثله أجره وإن دخل -ولم ينته إلى الموضع المشروط- وجبت الحصة من المسمى.

---

١ الأشباه والنظائر ٢٨٣، نختصر قواعد العلائي ١/ ٣١٥.
٢ في "ب" تسليمها.." (١)

"خرجت مستحقة فقرار **الضمان** على الواقف لتغريره فإن عجز عنه فكل من انتفع به غرم فإن أجر الناظر وأخذ **الأجرة** وسلمها للعلماء فرجوع مستحق الملك على المستأجر لا على الناظر ولا على العلماء ورجوع المستأجر على من وصلت دراهمه إليه قاله الغزالي في فتاويه.

[إذا اجتمع الممسك والقاتل]
هو ضربان.
(الأول) : ما يلغو معه فعل الممسك وذلك في بابين.
(أحدهما) : القصاص إذا أمسك شخصا فقتله آخر فالقصاص على القاتل تقديما للمباشرة على السبب.
(ثانيهما) : الإحرام إذا أمسك محرم صيدا فقتله محرم آخر فالأصح أن الجزاء كله على القاتل لأنه المباشر.
وقيل عليهما نصفان لأنهما من أهل ضمانه وصحح النووي (- رحمه الله -) في موضع آخر من (شرح

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ٣٠٧/١

المهذب) أنه يجب على القاتل والممسك طريق في الضمان. وفرق القاضي أبو الطيب بينهما في باب الغصب بأن مسألة المحرم ضمان يد وليس بضمان إتلاف فأما في ضمان الإتلاف فإن الحكم يتعلق بالمباشر دون المتسبب ولا يرد الإكراه في القتل لأنه سبب ملجئ.

(الثاني) : ما لا يلغو كما إذا أمسك الكافر في الحرب واحد وقتله آخر." (١)

"والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد أن ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه (إذ) جعل مقابله شرعا، كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة.

وكذلك المسلم فيه فإنه لو فسخ أو انفسخ رجع إلى رأس المال لا إلى قيمة المسلم فيه.

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة، وذكر الرافعي في كتاب الصداق في ضمن تعليل (القديم) في ضمان الصداق أن ما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونا ضمان يد، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد، وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق، فليكن مضمونا ضمان يد.

السادسة: المضمون في الشريعة على خمسة أقسام: الأول: أن يضمن بالبدلين المثل والقيمة جميعا، وذلك في الصيد المملوك إذا قتله المحرم أو الحلال في الحرم فإنه يضمنه بالقيمة للمالك بالمثل الصوري لحق الله تعالى.

وصورته في المحرم إذا استعار صيدا مملوكا من حلال، وتلف عنده فإن كان مغصوبا، وتلف عنده بعد الاستعمال لزمه مع ذلك الأجرة فيزداد (وجه) الضمان.

الثاني: ما يضمن بالقيمتين وذلك في صورتين:." (٢)

"كان مضمونا فهو مضمون وإلا فلا يكون البيع بعد فسخه مضمونا لأنه كان مضمونا على المشتري بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضي في خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان في الإجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل،

---

(١) المنثور في القواعد الفقهية الزركشي، بدر الدين ١/١٣٦

(٢) المنثور في القواعد الفقهية الزركشي، بدر الدين ٢/٣٣٣

وصرح بذلك القاضي وغيره. يوجه بأن المبيع والصداق إنما أقبضه لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فإنه أقبضها مع علمه بأنها ملكه فكان إذنا في قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضي وأبو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفي الأجرة ولا يكون ضامنا.

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب في الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الريح إليه ثوبا وكذلك اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل في الصداق بعد الطلاق.

(والوجه الخامس) : التفريق بين أن ينتهي العقد أو يطلق الزوج، وبين أن ينفسخ العقد ففي الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكا للأول، وفي الفسخ يكون مضمونا لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضمونا بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع، وممن صرح بذلك الأزجي في النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مسائل الرد بالعيب وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضا على وجه السوم.

ونقل الأثرم عن أحمد فيمن دفع [إلى] آخر دينارا من شيء كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه وأعطني غيره فقال أمسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئا إنما هو الساعة مؤتمن، فيحتمل أن يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة، ويحتمل وهو أظهر أن يكون إنما جعله أمانة لأمر المعطي بإمساكه له فهو كإيداعه منه.

(والنوع الثاني) عقود الشركات كالوكالة الوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة إذا رجع فيها الأب، أو قيل بجواز فسخها مطلقا كما أفتى به الشيخ تقي الدين ففيها وجهان:

(أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضي وابن عقيل في الرهن وأنه لا يجب رده إلى صاحبه استصحابا للإذن السابق والائتمان كما صرحوا به في الإجارة وكذلك صرح به القاضي." (١)

"[القاعدة السابعة والأربعون في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده.

ونعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان فالفاسد كذلك وإذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٥٧

فالفاسد كذلك، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد.

والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة الوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب **الضمان** فيها مع الصحة.

فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة، فأما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقلنا له الرجوع به أنه إذا تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحا لكنه مراعى فإن بقي النصاب تبينا أنه قبض زكاة، وإن تلف تبينا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها.

نعم إذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فإنه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد.

وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثلها من الفاسد فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة، وإنما يضمن العين بالثمن.

المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان **الأجرة** فيه على المذهب. والإجارة الصحيحة تجب [فيها] **الأجرة** بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع، وفي الإجارة الفاسدة روايتان:

إحداهما كذلك.

والثانية: لا تجب **الأجرة** إلا بالانتفاع، ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه.

وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع ههنا، ولكن نقل [جماعة] عن أحمد ما يدل على أن الإجارة الصحيحة لا تجب فيها **الأجرة** إلا بقدر الانتفاع إذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته، وتأولها القاضي وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضي أيضا في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلوة بدون الوطء.

وفي النكاح الفاسد روايتان أيضا وقد قيل إن ذلك مبني على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا.

وقد نقل عن أحمد فيما إذا نكح العبد نكاحا فاسدا أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنهما كانا عالمين بالتحريم فتكون زانية.

ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع، وقد سبق ذلك والعمل في المذهب على خلافه، إذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمى فيه أو

بقيمة المثل؟ فيه خلاف في مسائل: منها: المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه أحمد في رواية." (١)

"ابن منصور وأبي طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان. وإنما يترتب **الضمان** بأمر آخر طارئ على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند إقباضها بشيء ثم تلفت فإنه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك ههنا، وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال إنه قياس المذهب آخذا له من النكاح قال لأن إقباضه إياه إذن له في إتلافه بالعوض المسمى فأشبه ما لو قال له أتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق [عليه] غير ما سمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضا عن الملك لا عن الإتلاف ولم يتضمن العقد إذنا في الإتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب **الضمان** بسبب متجدد.

ومنها: الإجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل أيضا ويتخرج على قول أبي بكر أنها تضمن **بالأجرة** المسماة والقول فيها كالقول في البيع سواء.

ومنها: الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فإذا أدى ما سمى فيها حصل العتق ولم يلزمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد، واتفق الأصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا أن الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريمها كما لو قال لعبده إن أعطيتني خمرا فأنت حر فأعطاه عتق لوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده أن الكتابة عقد معاوضة أبدا وهو اختيار ابن عقيل وهو الأظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل.

ومنها: النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر أصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساده منعقد، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٦٧

الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه أن ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذا من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير إذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخمسين، وأنا أذهب إلى أن يعطي شيئا فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقي وصاحب المغني، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها [إن] لها المهر بما استحل منها فأوجب المهر بالاستحلال وهو الإصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما." (١)

"كونها مضمونة على البائع، وممن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرد والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني وابنه وغيرهم.

وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين **الضمان** والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان: قبض يبيح التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل **الضمان** وهو القبض التام المقصود بالعقد، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبهم أو جنس المكيل والموزون وإن بيع جزافا أو المطعوم خاصة مكيلا أو موزونا كان أو غيرهما أو المطعوم المكيل أو الموزون ونقله مهنا عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغني ولم يذكروا في **الضمان** ذلك، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض معللا بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل **الضمان** ملازما له، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع **والضمان** وهو صحيح على ما ذكره فإنه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لا ضمان ولا منع من التصرف إلا في المبهم خاصة ولم يبين أنه لا تلازم بين التصرف **والضمان** أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول.

والمقبوض قبضا فاسدا كالمكيل إذا قبض جزافا فانتقل **الضمان** فيه إلى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكه وكذلك المالك يتصرف في المغصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض، والتعليل بتوالي **الضمانين**

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٦٨

ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تبايع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشترى في رءوس الشجر وبإجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل، وبيبع الدين ممن هو عليه ؛ لأن البائع وفى عليه بالتخلية والتمييز فلم يبق له علقة في العقد، وعلل أيضا بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للآفات، وهو يقتضي المنع في جميع الأعيان، وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح ما لم يضمن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشتريه، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من إجارة المنافع المستأجرة إلا بمثل **الأجرة** لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع." (١)

"المؤجر الزرع كله.

وقد ينبني ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من **الأجرة** هل هو **الأجرة** المسماة مع تفاوت ما بين **الأجرتين** من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقي، والقاضي.

والثاني: اختيار ابن عقيل وافتتاح القاضي عن أبي بكر وكلامه في التنبيه موافق الوجه الأول لا يتوجه أن يتملك المؤجر الزرع كله وعلى الثاني يتوجه ذلك فكيف جزم القاضي بتملكه مع اختياره للوجه الأول في **الضمان**.

ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها ما لا تتناهى في تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان، ثم إن القاضي وابن عقيل قالا عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فإنما المالك مخير بين تملكه وتركه **بالأجرة** فأما القلع فلا.

[القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد]

كالمالك [والوكيل] والوصي والناظر إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة. فقال الأصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله. وذكر القاضي في خلافه أن أحمد نص عليه في رواية حرب في البيع الفاسد وإنما رواية حرب في الغرس.

وذكره الخرقي أيضا في المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند إلى إذن من له الإذن فلا يكون عدوانا ويحتمل

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٧٩

أن هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصي فلا يعتبر إذنه لانتفاء المصلحة في العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود الملك كالبيع وعقود التصرف بالإذن كالمزارعة لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الإذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري في العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فإن الإذن موجود في صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف في فاسدها وقد ورد في ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد، عن «أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبلي الأرض، وقال الآخر قبلي الفدن، وقال الآخر قبلي البذر، وقال الآخر علي العمل. فلما استحصد الزرع تفاتوا فيه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لصاحب البذر وألغى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم، وجعل لصاحب الفدان شيئا معلوما» ، وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال في رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره. وقال أبو داود سمعت أحمد ذكر هذا الحديث قال هو منكر

لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لصاحب الأرض، وفي هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الإمام." (١)

"مضمون فإن كان العقد واردا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازما لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلا في العقد وهل يكون تابعا للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان:

أحدهما: أنه تابع له فيهما.

والثاني: إن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعه وإلا فلا ويندرج تحت ذلك صور:.

(منها) المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولدا من عينه كالثمرة والولد أو من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالأرش وهو داخل معه في عقد الرهن فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل.

ومنها: الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/١٥٣

الرعي لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد.

ومنها: المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعا لأصله جعلا للإذن في إمساك أصله إذنا في إمساك نمائه أم لا؟ كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل؟ على وجهين.

ومنها: الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره؟ على وجهين أيضا.

(ومنها) العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا؟ على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله.
والثاني: ليس بمضمون لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به [في باب الرهن] والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقالا في كتاب الغصب إن في ولد العارية وجها واحدا.

ومنها: المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا يمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمنت لقبضها بسبب **الضمان** والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه.

ومنها: المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط **الضمان** بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه **الأجرة**.

ومنها: الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن

ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجناية فلا." (١)

"المحضة فنوعان:

أحدهما: ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدبر فيضمن باليد على ما ذكره القاضي والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد في قياس المذهب قاله أبو البركات في تعليقه على الهداية.

والثاني: الحر المحض هل تثبت عليه اليد فيترتب عليه **الضمان** أم لا؟ المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بها بحال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كمن غصب أمة حاملا بحر ذكره القاضي في خلافه بما يشعر أنه محل وفاق حكى القاضي في خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر في ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه.

وقال القاضي في مواضع متعددة من خلافه: تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبنى على ذلك أن الأجير الخاص إذا أسلم نفسه إلى مستأجره فلم يستعمله استقرت له **الأجرة** لتلف منافعه تحت يده. وكذلك يجب المهر بالخلوة في النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعى اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فهي له ترجيحا باليد كذا ذكره القاضي وإنما يتوجه على قولنا بتقدم بينة الداخل، وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة إجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجي في النهاية بصحته وبنى عليه جواز صحة إجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين، وبنى صاحب التلخيص أيضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فإن في ضمان أجرته وجهين.

[تنبيه منفعة البضع لا تدخل تحت اليد]

تنبيه: من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في تذكرته وغيرهما، وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة وإن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر.

---

(١) القواعد ل ا بن رجب ابن رجب الحنبلي ص/١٦٧

وخالف ابن المنى وجزم في تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح وذكر في الحرة ترددا لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الأمة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرة إذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الطلق قال في التلخيص ؛ لأن الاستيلاء كأنه إثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرة لا تدخل تحت اليد ومجرد السبب ضعيف وفي المغني يضمنها مطلقا لحصول التسبب في التلف.

[القاعدة الثانية والتسعون هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا]

(القاعدة الثانية والتسعون) : هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا؟ في المسألة خلاف وقد قال أحمد في رواية." (١)

"على القابض ببدل العين والمنفعة على ما تقرر، ويتخرج وجها آخر أن لا مطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمين فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغريره إلا بما انتفع به فإنه مخرج على الروايتين.

وأما قيم الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه أنه لا يرجع بها ؛ لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة. ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وإن كان عوضا متعينا في العقد لم ينفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه. ولو قلنا: إن النكاح على المغصوب لا يصح ؛ لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه.

وقال في المجرد ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان:

أحدهما: يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص ؛ لأن هذه العقود لا تنفسخ باستحقاق أعواضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاضي في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر.

والثاني: يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد ؛ لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة لعوضهما لا لهما وهو قول القاضي في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فأبت أن

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٢٠٨

تتزوجه على ذلك فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها وعلى الوجه المخرج في البيع أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب فههنا كذلك.

(اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاضي والأكثرون إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة ففيه ما مر من زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره وفي تعليقة أبي البركات على الهداية ويتخرج لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول فرضيت يضمن العين وهل القرار عليه؟ لنا وجهان:

أحدهما: عليه.

والثاني: على الغاصب وهو الذي ذكره القاضي في خلافه انتهى والوجه الأول منزل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده.

(اليد الثامنة) القابضة للشركة وهي المتصرفة في المال بما ينميه بجزء من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساقي ولهم جرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم، فأما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال فإذا ضمنوا على المشهور رجعوا." (١)

"أحدهما لا يصح وهو اختياره أعني صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس.

والثاني: يصح يؤخذ منه القيمة تكون رهنا ؛ لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص.

والثالث يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا مكانه فإذا زال الرهن ردت إلى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل، وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفلس والمريض فيما إذا زاد على الثلث والورثة ونحوهم فيتخرج في الضمان وجهان كالاقتصاص إذا قلنا الواجب أحد شيئين، ويتخرج على هذا الأصل مسائل:

(منها) عفو الراهن عن الجناية على المرهون وقد ذكرنا حكمه مستوفى.

ومنها: عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجانا فالمشهور أنا إن قلنا الواجب القود عينا صح، وإن

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٢١٤

قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذي قيل أنه المنصوص يصح، وعلى طريقة من ح كى **الضمان** وهو المرهون، وإن قلنا الواجب القود عينا يخرج هاهنا مثله.

ومنها: عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس.

ومنها: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك

ومنها: عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما إذا زاد على الثلث كذلك.

ومنها: إذا عفى الوارث عن العبد الجاني على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن لمالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما على أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالإتلاف أم لا، ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع ؛ لأنها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على العبد المستأجر ؛ لأن الإجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية **الأجرة**

ومنها: إذا قتل العبد الموصى به المعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به ؛ لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الأصل إن قلنا الواجب القصاص عينا فلم يجب بهذه الجناية مال فلهم العفو ولا سيما على قولنا أن ملكه قبل القبول لهم، وإن قلنا الواجب القود عينا في المرهون يخرج هاهنا مثله.

ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت عن دم العمد إن قلنا الواجب القود عينا فهو صحيح وإن قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على إجازة الورثة.

" تنبيهان ":

أحدهما: لو أطلق العفو عن الجاني عمدا فهل يتنزل عفوه على القود والدية أو على القود وحده، وحكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه.

أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف إليها جميعا ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية مهنا.
والثاني: ينصرف إلى القود وحده إلا أن يقر بقوري بإرادة." (١)
"الفسخ بسبب الأجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى، إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدرا بخلاف منفعة الإجارة فإنها تتقسط على المدة، مع أن الإجارة تسقطها **الأجرة** عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله.
والوجه الثاني: أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين.
وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب.
لا ضمان عليها بغير خلاف، لئلا يلزم استباحة بضعها بغير عوض، واختار الشيخ تقي الدين أن عليها **الضمان** وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الإجارة أن غصب المؤجر يسقط **الأجرة** كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه، وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض، كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفية بإتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم.

ومنها: شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر، وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئا؟ على روايتين، مأخذهما تقويم البضع وعدمه.
وعلى التغريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل.

ومنها: امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يخير بين زوجته وبين المهر، فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعني الأول ؛ لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين.
وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاها الثاني، وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٣٠٦

على المرأة؟ على روايتين:

أحدهما: يرجع به عليها ؛ لأن الفرقة جاءت منها فيستقر **الضمان** عليها.

والثاني: لا يرجع به ؛ لأن المرأة استحقته بالإصابة فلا يجوز أخذه منها.

ومنها: إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني، وقلنا على رواية: إن الثاني أحق بها، فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا؟ على وجهين، واختار القاضي **الضمان** ؛ لأن خروج البضع متقوم.

ومنها: إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إلينا ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الإسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه؟ على روايتين حكاهما ابن أبي موسى، وظاهر القرآن يدل على وجوبه، لكن أكثر الأصحاب على عدم الوجوب ؛ لأن الآية نزلت في قصة صلح الحديبية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه، فلما حرم الرد بعد صحة اشتراط وجب رد بدله وهو المهر، وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط." (١)

"ضابطة:

هل يستقر **الضمان** على المباشر بإتلافه والمتلف تحت يده أم على الغار لتسببه إلى تضمين من لم يلتزم **الضمان** على وجهين.

وعلى القول بجوازه فإذا طولب به وضمنه فهل يرجع به على الآخر أم يستقر عليه لأنه أخذ منه بحق على وجهين أيضا.

وفيه وجه ثالث وهو إن كان المطالب الغاصب يرجع ولو كان استقراره على غيره لقوة عدوانيته بخلاف ما إذا طولب **بالأجر** فإنه يرجع على الغاصب ذكره أبو الخطاب في مسائل الطعام.

وفيه رواية أخرى مخرجة أنه لا يستقر على القابض ضمان شيء بالكلية سواء دخل على **الضمان** أم لا ويستقر **الضمان** على الغاصب في ذلك كله.

تنبيه:

وإذا أوجبنا فداء الولد فما الفداء في المسألة روايات.

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/٣٢٨

إحدى الروايات: الفداء بغرة نص على ذلك في رواية إسحاق بن منصور ويعقوب بن بختان واختارها الخرقي وأبو بكر في التنبيه والقاضيان أبو يعلى وأبو يعقوب بن إبراهيم١ في تعليقهما وأبو الخطاب في رؤوس المسائل والشريف أبو القاسم البريدى٢ وغيرهم.
قال القاضي أبو الحسين والشريف أبو جعفر وأبو الحسين بن بكروش وهي أصح.

١ كذا في الأصل والصواب يعقوب بن إبراهيم والمقصود هو: القاضي أبو علي يعقوب ابن إبراهيم بن أحمد بن سطور البرزبيني [ت ٤٨٦هـ] صاحب "التعليقة" في الفقه الحنبلي والتي لخصها في "تعليقة" شيخه القاضي أبي يعلى بن الفراء.
٢ في الأصل البريدي والصواب ما أثبتناه وهو: الشريف أبو القاسم علي بن محمد بن علي الهاشمي العلوي الحسيني الحراني المقرئ [ت ٤٣٣هـ] انظر شذرات الذهب "٥/١٦٠".." (١)

"كالدلالة على ماله ومال غيره وكما في ترك الخائف على نفسه الأمر بالمعروف وكما في تناول مال الغير مضطرا فإن محمدا رحمه الله ألحقه بالعبادات المنصوصة وقال أن مات بالصبر كان مأجورا إن شاء الله تعالى وحكمه أن يؤجر أن قتل بأخذ العزيمة إما الترخيص فلأن حق الغير لا يفوت إلا صورة لبقاء التصديق والقضاء والجزاء **والضمان** والإنكار بالقلب وحق لا نفسه يفوت صورة بخراب البنية ومعنى بزهوق الروح فله أن يقدم حقه وإما **الأجران** قتل فلأنة بذل نفسه حسبة في دينه لإقامة حقه وهذا مشروع كالجهاد على طمع الظفر أو النكاية أو إغراء المسلمين عليهم وقد فعله غير واحد من الصحابة ولم ينكره الرسول بل بشر بعضهم بالشهادة إما إذا علم بقتله من غير شيء من ذلك لا يسعه الإقدام ولو قتل لا يكون مثابا لأنه ألقى نفسه في المهلكة من غير إعزاز للدين وفي بذل النفس إقامة للمعروف تفريق جمع الفسقة ظاهرا فإن إسلامهم يدعو إلى أن ينكأ في قلوبهم وإن لم يظهروه.
الثاني: ما استبيح مع قيام سبب تراخي حكمه وليتذكر أن الاستباحة بمعنى مطلق الأذن لا بمعنى تساوي الطرفين لتنافي حكمه ولقربه من التساوي ما غيرت فيه لفظة الاستباحة وهذا إحدى فوائد تغيرها إلى سقوط المؤاخذة في الأول كفطر المسافر إذ سببه وهو شهود الشهر وتوجه الخطاب العام واثم لعموم قوله فمن شهد منكم الشهر فليصمه أي حضر ولذا الوادي كان فرضا خلافا للظاهرية فعندهم وجوبه متعلق بإدراك العدة فيلزمه عند إدراكها صام في السفر أو لا وهو منقول عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة – رضي الله

(١) القواعد والفوائد الأصولية ومايتبعها من الأحكام الفرعية ابن اللحام ص/٣٩٠

عنهم – لأن العدة للمسافر كرمضان المقيم ما كبر لصحابة – رضي الله عنهم – على الأول لعموم الآية فقوله ﴿ومن كان مريضا﴾ لبيان الترخيص لا التخصيص والترخيص بتأخير وجوب الأداء الثابت بالخطاب يقتض تأخير حرمة الفطر وقيل: شهد بمعنى أقام والشهر ظرف لا مفعول به فلم يخصص منه إلا المريض والأصل في التخصيص الذي هو خلاف الأصل التقليل والأول أولى لوجوه الشهود بمعنى الحضور أكثر فإلى الحقيقة أقرب وإن حمل المنصوب المتردد على المفعول به أولى وإن في الثاني إضمار في والأصل عدمه وإن ما بعده للتخصيص حاصل بدلالة ذكر المريض والتخصيص يستدعي سبق التعميم وإلا فلا يناسب ذكر المسافر معه وحكم أن الأحد بالعزيمة أولى لكمال سببه وتردد في الرخصة لتأدية العزيمة معناها وهو اليسر من جهة موفقة المسلمين فإن البلية إذا عمت طابت فكيف إقامة العبادة بخلاف قصر الصلاة إلا أن يضعفه الصوم فيفضل الفطر حتى لو صبر." (١)

"وتبعة وهي في لزومه لا فيه لأنه سبب نيل فوز الدارين إما حرمان أرثه من أقاربه الكفار وفرقته من امرأته الكافرة فمع إمكان معارضتهما إذ يرث من أقاربه المسلمين ولا يفرق من امرأته التي أسلمت قبله يضافان إلى كفر الباقي لا إلى إسلامه ولو أسلم فمن ثمراته التابعة المفارقة لأمن حكمه الأصلي المعتبر فيه ولذا لم يعد إيمانه تبعا لأبويه عهدة.

٢ – كالكفر لا يعفي في أحكام الآخرة اتفاقا إذ لا احتمال للعفو عن الشرك بالنص وفي أحكام الدنيا كفرقة المرأة المسلمة وحرمان الميراث عن المسلم خلاف فيصبح ارتداده عند الإمام ومحمد رحمه الله تعالى لوجود حقيقته وعدم احتماله العفو وقال أبو يوسف والشافعي الردة ضرر محض فلا يصح كالطلاق ولذا لا يقتل وإن بلغ مرتدا قلنا إفسادها الإيمان لا يحتمل العفو كما يفسد صلاته كلامه وصومه إفطاره وحجة جماعة ولذا لا يسقط بعد البلوغ فكذا بالصبي وعدم قتله قبل البلوغ لأنه ليس من أهل المحاربة كالنساء وبعده لشبهة الخلاف فيجبر على الإسلام لا لعدم الأهلية إذ لو قتله أحد قبله أو بعده لا يضمن كالمرتدة قيل مذهب الإمام مما يؤيد قول المعتزلة أن الصبي العاقل غير معذور في الجهل بالله وترك الإيمان به قلنا قول المعتزلة وجوب الإيمان عليه وقوله صحة الردة وكم بينهما.

٣ – كالصلاة ونحوها من البدنية التي تشرع وقتا دون وقت يصبح بلا عهدة فيكون نفلا بلا لزوم قضاء ومضى بخلاف نحو الزكاة لتضرره بنقصان ملكه.

٤ – وهو حق عبد فيه نفع محض مباشرته كقبول الهبة والصدقة لكفاية الأهلية القاصرة إذ صح منه مباشرة

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ١/٢٤٥

النفل بحديث "مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها إذا بلغوا عشرا" (١) أي ضرب تأديب وكالإصطياد والاحتطاب نظيره قبول يدل الخلع من العبد المحجور بلا إذن المولى وكوجوب **الأجر** للصبي المحجور مطلقا وللعبد بشرط السلامة إذا آجرا نفسهما وإنما العمل والقياس عدم وجوبه لعدم صحة العقد واستحسانا فيهما لأن العقد يتمحض منفعة بعد إقامة العمل غير أن العبد ما دام في العمل مغضوب للمستأجر بصدد أن يملك **بالضمان** إن هلك فلذا شرط السلامة فيه بخلاف الحر وكوجوب الرضخ في مقابلتهما بلا إذن الولي والمولي استحسانا لأنه بعدها يتمحض

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢/ ٢٢٨) ح (٣٠٥٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١/ ٣٠٤) ح (٣٤٨٢)، والإمام أحمد في مسنده (٢/ ١٨٠) ح (٦٦٨٩)، وانظر/ الدراية في تخريج الهداية للمرغيناني (١/ ١٢٢)، نصب الراية للزيلعي (١/ ٢٩٦).." (١)

"الإنفاق مقامه كالفدية في باب الصوم.

قال (ومن أمره رجلان بأن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة)

ـــــــــه، هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله. وإذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له: وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك، فإن كان على موت قال: والباقي مني لك وصية.

وفي الفتاوى: لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مئونة الكراء كان ضامنا مال الميت والحج لنفسه لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة. ولو أوصى أن يعطي بعيره هذا إلى رجل يحج عنه فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا هو المختار لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا يملك أن يؤجره، ولأنه لو لم يملك ذلك كانت **الأجرة** له ولا يضمن كالغاصب، ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظرا للميت ثم يؤدي البعير إلى الورثة لأنه ملك مورثهم.

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ١/ ٣٢٠

قال أبو الليث في النوازل: وعندي أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن يكون الميت فوض إليه ذلك؛ ألا ترى أن رجلا وكل رجلا بأن يبيع بعيره بمائة فآجره بمائة لا يجوز فكذا هذا اهـ. ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أحجوا عنه غيره. ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لا يصدق ويضمن، إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق في دفعه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه.

ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده، ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج. نظيره: قال المودع دفعته إليك بمكة وأقام رب الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة، بخلاف ما إذا أقامها على إقراره أنه كان بالكوفة. أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسألة بحالها فإنه لا يصدق إلا ببينة لأنه يدعي قضاء الدين. وفي خزانة الأكمل: القول له مع يمينه، إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة.

وفي فتاوى أهل سمرقند: أوصى رجلا أن يحج عنه ولم يقدر فيه شيئا والوصي إن أعطى للحاج في محمل احتاج إلى ألف ومائتين أو راكبا لا في محمل يكفيه الأقل والأكثر يخرج من الثلث يجب الأقل لأنه المتيقن.

ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال إلى غيره ليحج به، إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت: فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تتميما أو تكميلا لفائدته.

ولنرجع إلى الشرح (قوله ومن أمره رجلان إلخ) صور الإبهام هنا أربعة: أن يهل بحجة عنهما، أو عن أحدهما على الإبهام. أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه، أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به. ففي الأولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة. وفي الثانية قال إن مضى على ذلك إلخ. وحاصله أنه ما لم يشرع في الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الآمرين،

فإن عين أحدهما قبل الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة. وفي الثالثة قال في الكافي: لا نص فيه، وينبغي أن." (١)

"لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه، كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا،

ـــــــــــــــــــــــــــــشراء كله (لهما أنه) أي الأب (أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق) الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق (وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه.

وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين، ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضيا بإفساد نصيب نفسه فلا يضمنه، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحا. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها.

وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه، فإن له أن يضمنه، ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق؛ لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط، بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق. ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا: لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بإلزامه إياه، فحلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه، فلا يصح أن يقال: إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال: إن ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه، وإطلاق الجواب بخلافه.

وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضا منه بما

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/١٤٩

يترتب عليه، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه، وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من **الأجر**. لا يقال: رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا **بالضمان**. وأبو حنيفة – رحمه الله – يثبته إذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه؟ لأنا نقول: كونه رضا **بالضمان** لا يوجب إمكان تضمين الآخر له، إلا إذا لم." (١)

"وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما.

(ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) ؛ لأن عمر لم يوظفه مكررا، بخلاف العشر؛ لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه في كل خارج، والله أعلم.

(باب) (الجزية)

ـــــــQوذكر الإسبيجابي: لا يجتمع **الأجر** **والضمان** عندنا والعقر والحد والجلد والنفي، وكذا الرجم مع الجلد، وزكاة التجارة مع صدقة الفطر. والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع.

(وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافا للشافعي. وصورته إذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا، وإنما لم يعكس؛ لأن العشر والخراج ألزم للأرض، بخلاف الزكاة فإنه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما

(قوله: ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة؛ لأن عمر – رضي الله عنه – لم يوظفه مكررا) في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها، وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان، فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن، وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا، والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج، فإذا عطلها لا يؤخذ بشيء، فإن أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الأغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام. قلنا: وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الأرض من الزراعة بالكلية، ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والأراضي الموقوفة؛ لأن وقفها إخراج من مستحق إلى مستحق، وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة، وينبغي أن يطالب بذلك الناظر.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٧٦

[باب الجزية]

(باب الجزية) . هذا هو الضرب الثاني من الخراج، وقدم الأول لقوته، إذ يجب أسلموا أو لم يسلموا، بخلاف الجزية." (١)

"بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة.

قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب **بالأجر** (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان. والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة

ــــــــالتفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه، وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربعه فقط، فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح.

قلنا: المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة؛ لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو هنا مختلف؛ لأن رأس المال عمل والربح مال، وإنما يقال له ربح مجازا، وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير: أي بحسب التراضي، فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحذق في العمل وأهدى، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا.

وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم.

وقوله (بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن، وهو لا يجوز إلا في المضاربة على خلاف القياس. هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة.

والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل **الأجر**، فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال: وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر **الضمان** وإن شرطا الربح بخلاف **الضمان**

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٣/٦

بين٥ما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما

(قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله، وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا **بالأجرة**، ويبرأ الدافع بدفع **الأجرة** إليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله. قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر، ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه **الأجرة** (ظاهر) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك؛ لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه، وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان." (١)

"قال (فإن وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لأن الخراج **بالضمان** على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن امتنع من ذلك، أو كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى) لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا، والأول أولى، ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد، ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك.

ـــــــQوتقطع الجهات الموقوفة عليها لها إن لم يخف ضرر بين، فإن خيف قدم.

وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين، فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته، وإن لم يعمل لا يأخذ شيئا. قال الإمام فخر الدين قاضي خان: رجل وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم، وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها إلى القيم، وأصحاب هذه الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر؛ لأن القيم لا يأخذ ما يأخذه إلا بطريق **الأجر** فلا يستوجب **الأجر** بلا عمل اهـ. فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا؛ أما إذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٨٨/٦

(قوله فإن وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى) ؛ لأن الخراج **بالضمان** وصار كالعبد الموصى بخدمته، فإذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم (وعمرها بأجرتها) ثم ردها إلى من له السكنى؛ لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا، والأول) وهو العمارة (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها؛ لأن الجمع بين المصلحتين أولى من إبطال إحداهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إلزام الضرر (بإتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر) فيهما إذا عقد عقد (المزارعة) وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك (ثم لا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه؛ لأن امتناعه في حيز التردد) يعني دلالة الامتناع على الرضا بإسقاط حقه متردد فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بإبطال حقه، وإنما قال أجرها الحاكم؛ لأنه (لا تصح إجارة من له السكنى) وعلله بقوله (لأنه غير مالك) وفي تقريره قولان: أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع، وهذا ضعيف.

فإن للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار، والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والمسألة في وقف الخصاف، والآخر أنه ليس بمالك للعين **والإجارة** تتوقف." (١)

". . . . .

ـــــــإذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف، فإن فعل وسكنها المرتهن ضمن أجرة المثل.

ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن **الضمان**، ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل. ولو اجتمع مال الوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج إلى مال لدفع شرهم قال الشيخ الإمام: ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه إلى ذلك على وجه القرض إذا لم تكن حاجة للمسجد إليه.

وله أن يبني على باب المسجد ظلة لدفع أذى المطر عن الباب من مال الوقف إن كان على مصالح المسجد، وإن كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح، والأصح ما قاله ظهير الدين أن الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء. وإذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات، ويضمن إن فعل، ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فأوصى إلى

---

(١) فتح القدير للكمال ابن ا لهمام الكمال بن الهمام ٦/٢٢٣

رجل قالوا يكون وصيا وقيما، هذا في قول أبي يوسف؛ لأن التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فأوصى لا يكون هذا الوصي قيما في الوقف.

قيم مسجد مات فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيما بغير أمر القاضي، فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والأصح لا تصح. بل نصب القيم إلى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في العمارة من غلاته إذا كان أجر الوقف وأخذ الغلة فأنفق؛ لأنه إذا لم يصح ولايته فإنه غاصب، والغاصب إذا أجر المغصوب كان **الأجر** له ويتصدق به. كذا في فتاوى قاضي خان وأنت تعلم أن المفتى به تضمين غاصب الأوقاف، بخلاف ما إذا كان وقف على أرباب معلومين فإن لهم أن ينصبوا متوليا من أهل الصلاح. لكن قيل الأولى أن يرفعوا أمرهم إلى القاضي لينصب لهم. وقيل بل الأولى في هذا الزمان أن لا يفعلوا وينصبوا لهم. وليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير، وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف، وللمتولي أن يفوض إلى غيره عند موته كالوصي له أن يوصي إلى غيره، إلا أنه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالا مسمى لم يكن ذلك لمن أوصى إليه بل يرفع الأمر إلى القاضي إذا تبرع بعمله ليفرض له أجر مثله إلا أن يكون الواقف جعل ذلك لكل متول، وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الواقف جعله للذي كان أدخله؛ لأن للواقف في هذا ما ليس للحاكم، وكذا إذا أخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن. فالأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل إلا في ثلاث: هذه إحداها.

والثانية إذا أودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين، ومات ولم يبين عند من أودع. والثالثة القاضي إذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه، أما لو كان القاضي أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد أنه يضمن.

ولو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه، ومات لا يكون ضامنا، أما لو مات قبل أن يقول ضمن. وكذا لو باع المتولي دار الوقف، ومات ولم يبين أين الثمن فإنه يكون دينا في تركته، وللناس أن يأخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف إذا مال إلى أملاكهم، فإن لم تكن له غلة يرفع إلى القاضي ليأمر بالاستدانة لإصلاحها، وله أن يبني قرية في أرض الوقف للأكرة وحفاظها، وليجمع فيها الغلة وأن يبني بيوتا يستغلها إذا كانت الأرض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة، فإن كان زراعتها أصلح من الاستغلال لا يبني. وفي النوازل في إقراض ما فضل من مال الوقف قال:." (١)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٤١/٦

"قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة؛ سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل. ثم قيل:

ـــــــQالاستحسان.

قال: ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه، فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد، وإنما قلنا: حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل ولكن تنتهي كما لو أدى الكفيل بنفسه، فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه، ولو كان فاسدا من كل وجه بأن اشترى مكيلا أو موزونا ملكا فاسدا وربح فيه يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه، كالغاصب إذا أجر المغصوب ثم رده فإن **الأجر** له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه.

ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملا بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصدق به، غير أنه ترجح الرد، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطاب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غصب من إنسان مالا وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستدلا بحديث «الخراج **بالضمان**» .

(قوله ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره) أي فأمر الكفيل (الأصيل أن يتعين عليه حريرا) أي أن يشتري له حريرا بطريق العينة وهو أن يشتري له حريرا بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب للبائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل، وإنما وسطا الثاني تحرزا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.

وأما تفسيره بأن يستقرض فيأبى المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلا في السوق باثني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المندوب إلى البخل وتحصيل غرضه من." (١)

"فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة.

قال: (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه، وإن بلغ فله **الأجر**) وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت؛ لأن عند ذلك التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد إلا أن الظاهر عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وإن كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) ؛ لأنه صح التقييد فصار مخالفا (وإن بلغ فله **الأجر**) ؛ لأنه ارتفع الخلاف معنى، وإن بقي صورة. قال: (وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وإن بلغ فله **الأجر**) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى.

قال: (ومن استأجر أرضا؛ ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها)

ــــــــالمنفعة له في النقل، فأما يد المستأجر يد نفسه؛ لأنه هو المنتفع في استمساك العين المستأجرة، إذ لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك العين على ما له من **الأجرة**. اهـ.

وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان، والجواب عنه في كثير من الشروح، وعزاه في الكفاية إلى المبسوط. وقال في العناية: قيل إلحاق الإعارة **بالإجارة** بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما، فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من **الضمان** على المالك كالمودع، ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة.

والجواب أن الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة؛ ليتحقق الإلحاق، والاتحاد في المناط كاف للإلحاق وهو موجود، فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة. اهـ.

أقول: هذا الجواب ليس بمستقيم؛ لأن الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للإلحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن، بل لا يكون ذلك مناطا للإلحاق في حكم **الضمان**، فإن يد المستأجر إن كان

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢١١/٧

كيد المالك كان تعدي المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم إلحاق واحدة من الإجارة، والعارية بالأخرى. فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله: كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية: فيه نظر؛ لأنه عكس ما نحن فيه من المثال." (١)

"باب ضمان الأجير قال: (**الأجراء** على ضربين: أجير مشترك، وأجير خاص.

ـــــــQبقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله: في وضع المسألة فإن زرعها، ومضى الأجل: ويرشد إليه قول صاحب الكافي في التعليل: ولنا أن المعقود عليه صار معلوما قبل مضي الأجل فيرتفع الفساد اهـ. هذا وقال في النهاية، ومعراج الدراية: فإن قيل: وإن ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد، وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالأرض؛ لجواز أن يكون ما زرعها مضرا بالأرض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك؛ لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك. فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد؛ ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما صونا عن الإضرار بأحدهما، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين؛ لما أن الىعقد قام بهما، فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي أن يقوم بهما، ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك. وهذا الإشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل إشكال هائل. ثم قال: قلنا الأصل إجارة العقد عند انتفاء المانع؛ لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان، والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد. انتهى ما في النهاية، ومعراج الدراية.

أقول: في الجواب بحث؛ لأن توقع المنازعة بينهما إنما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع إذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك. وأما إذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا، وهذا مما لا سترة به، فالكلام الفيصل أنه إن اعتبر في موضع هذه المسألة علم رب الأرض باستعمال المستأجر في الأرض ورضاه بما عمل فيها فلا يتجه الإشكال المذكور رأسا، وإن لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها، ومضى الأجل، سواء علم رب الأرض بذلك ورضي به أو لا، فالإشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا، والله سبحانه وتعالى أعلم.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٩٠

[باب ضمان الأجير]

(باب ضمان الأجير) لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان؛ لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فتحتاج إلى بيانه، كذا في غاية البيان، ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية فقال: لما ذكر أنواع الإجارة الصحيحة." (١)

"فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) ؛ لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة؛ لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد،

ــــــوالفاسدة شرع في ضمان الأجير. اهـ. وكل من هذين التقريرين جيد. وأما صاحب النهاية فقال: لما ذكر أبواب عقود الإجارة صحيحها وفاسدها ساقت النوبة إلى ذكر أحكام بعد عقد الإجارة، وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اهـ. ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال: لما فرغ من بيان أنواع الإجارة شرع في بيان أحكام بعد الإجارة، وهي الضمان اهـ. ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريرهما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقولهما، وهي الضمان انتهى. فإن ضمير هي راجع إلى الأحكام، ولا ريب أن الضمان حكم واحد لا أحكام. ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه إلى توجيه ذلك فقال: إطلاق الأحكام على الضمان إما باعتبار كثرة أفراده أو المراد، وهي الضمان وجودا وعدما اهـ. أقول: توجيه الثاني ليس بوجيه؛ لأن الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسيرا للأحكام، فإن أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح، والضمان باعتبار وجوده وعدمه إنما يصير اثنين لا غير. ثم إن صاحب معراج الدراية قال: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر، واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر. اهـ. أقول: فيه إشكال؛ لأن قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر، إذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الأجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتأمل.

ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال: قلت هذا غلط؛ لأن فعيلا بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثلاثي، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر: يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر. اهـ كلامه.

أقول: بل الغلط إنما هو في كلام نفسه، فإن الفعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا، وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية: وقد جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى ﴿عذاب

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/١٢٠

أليم﴾ [البقرة: ١٠] أي مؤلم على رأي. وقال: وأما الفعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا اهـ. وقال الإمام المطرزي في المغرب: وأما الأجير فهو مثل الجليس والنديم في أنه فعيل بمعنى مفاعل. اهـ. وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذق شيئا من العربية.

(قوله: فالمشترك من لا يستحق **الأجرة** حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية: والسؤال من وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اهـ. يعني أن السؤال." (١)

"وغرق السفينة من مده مضمون عليه) . وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ضمان عليه؛ لأنه أمره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار.

ـــــــــالمشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه، إلى هنا كلامه. أقول: ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا إلخ ليس بتام. أما أولا فلأن معنى باب ضمان الأجير باب ضمان الأجير إثباتا ونفيا كما أشار إليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد، وهي **الضمان** وجودا وعدما، وإلا: أي، وإن لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب إثبات **الضمان** لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا، إذ لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والأجير الخاص، وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا إلا في بعض صور من مسائل الأجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا، وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب، فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم إثبات **الضمان** ونفيه كان نسبته إلى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله: وذلك في المشترك.

وأما ثانيا فلأن الطرفين إذا كانا متساويين لم يحتج هناك إلى وجه يرجح اختيار أحد الطرفين، بل لم يتصور هناك ذلك، وإنما يكون مرجح أحد الطرفين هنالك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا إليه في تقرير مراد صاحب العناية، وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز، وإنما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فإن بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره، وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له.

نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه، لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر. وقال صاحب النهاية: فإن قلت: هذا يعني تعريف الأجير المشترك بقوله من لا يستحق **الأجرة** حتى يعمل تعريف يئول عاقبته إلى الدور؛ لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك، ثم لو كان عارفا بالأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا التعريف، ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الأجير المشترك؛ لأنه يحتاج إلى

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٢١/٩

السؤال عمن لا يستحق **الأجرة** حتى يعمل بمن هو، فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك، وهو عين الدور.

قلت: نعم كذلك، إلا أن هذا تعريف للخفي بما هو أشهر منه في فهوم المتعلمين، أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره؛ لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب **الأجر** متى يستحق فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق **الأجر** باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب خلل. أما أولا فلأن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور، وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه، فما معنى قوله بعد ذلك إلا أن هذا تعريف للخفي إلخ. وأما ثانيا فلأن كون الأجير المشترك خفيا.

وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع، كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا سئل عمن لا يستحق **الأجرة** حتى يعمل بمن هو بأنه هو الأجير المشترك. وأما ثالثا فلأن المذكور في باب **الأجر** متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالأجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الأجير المشترك والأجير الخاص فإنهم حصروا هناك سبب استحقاق الأجير مطلقا للأجرة في معان ثلاثة هي: شرط التعجيل، والتعجيل من غير شرط، واستيفاء المعقود عليه، ولو كان هذا المعنى الثالث مختصا بالأجير المشترك لزم أن لا يستحق الأجير الخاص **الأجرة** أصلا فيما إذا لم يشترط التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان، وإذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للأجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الأجير المشترك هاهنا بما ذكر فصار كأنه قال: وما عرفته أن الأجير الذي يستحق **الأجر** باستيفاء المعقود عليه فهو الأجير المشترك. ثم إن صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث." (١)

"بخلاف المعين؛ لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح؛ لأنه يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل **بالأجر** فأمكن تقييده.

وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال: (إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده) ؛ لأن الواجب ضمان الآدمي. وأنه لا يجب بالعقد. وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة، وضمان العقود

يستأجر من يعمله كما مر هناك أيضا فكان الدليل خاصا والمدعى عاما.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٢٣/٩

والأولى في التعليل هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال: لأن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد، وهو العمل المصلح؛ لأن الإذن إنما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على التسليم؛ لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة العقد عليه من العيوب كما مر في البيوع، فإذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم ثبت أن المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذونا فيه، كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر. اهـ.
(قوله: بخلاف العين؛ لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح؛ لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل **بالأجر** فأمكن تقييده) .
قال صاحب العناية: ولملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له. اهـ. وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال: الحكم يدار على دليله، وإن كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله؛ لأنه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين. اهـ. أقول: هذا لا يجدي شيئا؛ لأن صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغير من تبرع له، بل أراد منع بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة هاهنا لحديث جواز كون الحكمة أخص، على أن لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله: لأنه يمتنع عن التبرع بيانا لحكمة عدم التضمين أيضا، فإنه إذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمين، بل كان الظاهر حينئذ هو التضمين كما لا يخفى. ثم قال صاحب العناية: ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة، وهي لا تقتضي السلامة كأن أسلم. اهـ. أقول: ولقائل أن يقول: هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر إلى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك إذا تضمن ضررا لغير من تبرع له. ألا ترى أنه إذا أخذ أحد ملك الآخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك أنه يلزمه **الضمان** فلم لا يلزمه **الضمان** إذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للأجير فتلف بعمله ملك المستأجر فليتأمل.
(قوله: وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال: انقطاع الحبل ليس من صنيع الأجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله؟ فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه، كذا من العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: يشكل هذا على ما مر من أن الأجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وإن كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فإنه يجوز أن يقال هناك أيضا: إن الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق. ثم أقول: يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ، وهو مستحق عليه تبعا لا مقصودا كما مر فلا اعتبار له، وأما هاهنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا

فله اعتبار وحكم (قوله: لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية) قال في الكفاية: لا يقال إن ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد؛ لأن المسبب إنما يضمن إذا تعدى وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي. اهـ. أقول: فيه بحث، وهو أنه كيف يكون كلامنا فيما إذا لم يوجد التعدي وقد وجب." (١)

"لا تتحمله العاقلة. قال: (وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه **الأجر** بحسابه) أما **الضمان** فلما قلنا، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق، والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا، وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء، وفي الوجه الثاني له **الأجر** بقدر ما استوفى، وفي الوجه الأول لا أجر له؛ لأنه ما استوفى أصلا.

قال: (وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك. وفي الجامع الصغير: بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان. ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية

ـــــــعلى الأجير المشترك في مسألتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة، ولولا التعدي لما ضمن عند أبي حنيفة – رحمه الله – فإن الأصل عنده أن المتاع أمانة في يد الأجير إن هلك لم يضمن شيئا كما مر. ووجه التعدي فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل أئمتنا هو مخالفة الأجير لإذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد، مع أن الداخل تحت إذنه إنما هو العمل المصلح، وسيجيء من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسألة الآتية، وهو نظير ما نحن فيه في الأحكام.

(قوله: وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) ؛ لأنه ذكر في مسألة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى إنه إذا تجاوز يجب **الضمان** وذكر في مسألة الجامع الصغير **الأجرة** وحجامة العبد بأمر المولى، حتى إنه إذا لم يكن بأمره يجب **الضمان** فيجعل المذكور في إحداهما مذكورا في الأخرى، كذا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٢٦/٩

في النهاية، ومعراج الدراية. وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فإنه قال فيها: لأن رواية المختصر ناطقة." (١)

"لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه؛ لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد.

قال: (والأجير الخاص الذي يستحق **الأجرة** بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم) وإنما سمي

ـــــــبعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير، وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر. فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب **الضمان**، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب **الضمان**. اهـ.

وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان. أما في القدوري فلأنه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد، ويفيد أنه إذا تجاوز ضمن، وأما في الجامع الصغير فلأنه بين **الأجرة** وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك، ويفيد أنها إذا لم تكن بأمره ضمن. اهـ كلامه. أقول: في بيانه خلل، فإنه جعل الهلاك أيضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير، وليس بسديد إذ لا شك أن مراد المصنف بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان أن في كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به، والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص بأحدهما، فإنه قال في مختصر القدوري: فيما عطب من ذلك، وقال في الجامع الصغير: فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك، بل ما في مختصر القدوري صرح في ذلك بما في الجامع الصغير، فإن أهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات.

(قوله: والأجير الخاص الذي يستحق **الأجرة** بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل) قال صاحب العناية: وقد ذكرنا ما يرد على الأجير المشترك. والجواب عنه فعليك بمثله هاهنا اهـ. أقول: لا يذهب على الفطن أن مثل الجواب المذكور هناك عن الإيراد على تعريف الأجير المشترك بأنه تعريف دوري لا يتمشى هاهنا، يظهر ذلك بأدنى وجه تدبر، فكأن صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال: وقد ذكرناه، وما ورد فيه من

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٢٧/٩

الشبهة انتهى. ولم يتعرض للجواب، لكن في تحريره أيضا ركاكة؛ لأن المذكور فيما تقدم تعريف الأجير المشترك، وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الأجير الخاص، وما ورد فيه." (١)

"أجير وحد؛ لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره؛ لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له **والأجر** مقابل بالمنافع، ولهذا يبقى **الأجر** مستحقا، وإن نقض العمل.

قال: (ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله) أما الأول فلأن العين أمانة في يده؛ لأنه قبض بإذنه، وهذا ظاهر عند أبي حنيفة، وكذا عندهما؛ لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس، والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس، وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فيصير فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه، والله أعلم بالصواب.

ـــــــQفما معنى قوله وقد ذكرناه، وما ورد فيه من الشبهة، اللهم إلا أن يصار إلى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله، وما ورد فيه من الشبهة.

(Qوله: لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس) فإنه يقبل أعمالا كثيرة رغبة في كثرة **الأجر**، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فضمن حتى لا يقصر في حفظها، ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه، كذا في العناية أخذا من الكافي. قال بعض الفضلاء: فيه بحث، فإن حكمهما **بالضمان** إنما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب، وما ذكر هنا يدل على أن ذلك لئلا يقصر **الأجراء** في الحفظ انتهى. أقول: هذا البحث ساقط جدا، إذ الظاهر أن ما ذكر هنا حكمة حكمها بضمان الأجير المشترك، وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين إنما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا، على أنه لو كان ما ذكر هنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط، إذ لا تنافي بين ما ذكر هنا، وما ذكر فيما مر ولا تعارض، فلا مانع عن كون هذا وذاك معا دليلا على الحكم.." (٢)

"فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٢٨/٩

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام 912/٩

(ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه **الأجر** فليس للمستأجر أن يأخذ منه **الأجر**) وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل. والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة، وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه.

(ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب **الأجر** فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالا: هو ضامن) ؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن **الضمان** إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده.

ـــــــــــالصلح مع أن له أن يسافر بالعبد، بخلاف المستأجر فيحتاج إلى الفرق (قوله: ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر، فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب) قال بعض الفضلاء: الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى. أقول: الفرق بينهما أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل في إطلاق العقد رأسا بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر، ومدار الثاني على أن كل واحدة من خدمتي السفر والحضر، وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة في الحضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد، ومكان العقد، فبعد تعينها لا يبقى المحال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبه أولا لتعينه للركوب فكذا هاهنا، ويرشد إلى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال: لأن مطلق العقد ينصرف إلى التعارف؛ ولأن الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا تلزمه مؤنة الرد، وربما يربو ذلك على **الآجر** فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال، كذا في المبسوط والذخيرة انتهى.

(قوله: ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه **الأجر** فليس للمستأجر أن يأخذ منه **الأجر**) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسألة: ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فأعطاه." (١)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٣٩/٩

"ضمنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى. وذكر في بعض النسخ: يضمنه ما زاد الصبغ فيه؛ لأنه بمنزلة الغصب.

(وإن قال: صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة؛ لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر **الضمان** والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف: إن كان الرجل حريفا له) أي خليطا له (فله **الأجر** وإلا فلا) ؛ لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما (وقال محمد: إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة **بالأجر** فالقول قوله) ؛ لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على **الأجر** اعتبارا للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة؛ لأنه منكر. والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع، والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم. ــــــ والعناية.

وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال: ولك أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى. أقول: ليس ذاك بسديد. أما أولا فلأنهما إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقررا عندهما فيجب **الضمان** قطعا. وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الأجير ففي وجوب **الضمان** عليه نوع خفاء. فكيف يصح أن يقال: إذا كان الحكم ذلك: أي **الضمان** إذا اتفقا فبالطريق الأولى إذا اختلفا. وأما ثانيا فلأن مورد الاعتراض هو قول المصنف، ومعناه ما مر من قبل. والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه، فما معنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهلا هو لغو هنا.

(قوله: والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق) يعني أن الحاجة هاهنا إلى الاستحقاق لا إلى الدفع، والظاهر إنما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق. قال بعض." (١)

"لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فتنتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل.

قال: (ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٤٣/٩

ـــــــهمجهولة لا محالة، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك أيضا مجهول. والطحاوي أخذ في هذه المسألة بالقياس وقال: القياس عندي أولى من الاستحسان.

وفي الاستحسان: يجوز هذا؛ لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانها سواء، فيصير رأس مال أحدهما التقبل، ورأس مال الآخر العمل، وكل واحد منهما يجب به **الأجر** فجاز، كذا في النهاية والكفاية. وقال صاحب العناية: وجه الاستحسان أن هذه ليست بإجارة، وإنما هي شركة الصنائع، وهي شركة التقبل؛ لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما، وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته، وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اهـ كلامه. ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه: بحث، فإن تعين أحدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل، ولعل مراده كونه من متناولاتها ففي العبارة مسامحة. اهـ.

أقول: منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وحمل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولي القبول في شركة التقبل، وليس شيء من ذلك بمراد، بل الواو فيه للحال. والمعنى أن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الأولوية كون **الضمان** عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي؛ لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما، وإن كان أحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه، والآخر يتولى العمل لحذاقته. اهـ. فلا محذور في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة. ثم اعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة، بل سبقه إليه صاحب معراج الدراية حيث قال: لأن تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس لجاهه، والآخر يتولى العمل لحذاقته، وهو متعارف، ووجب القول بصحته انتهى (قوله: لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل، وهذا بحذاقته يعمل فتنتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل) قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز: قال صاحب الهداية: هذه شركة الوجوه في الحقيقة، فهذا." (١)

"ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه؛ لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره؛ لأنه محتاج إليه، وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا. .

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٠/٩

قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح، وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما، خلافا لأبي يوسف، وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب **الضمان** فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة، أما فيما لا يتعين كالثمنين

ـــــــمجموع المغصوب؛ لأن الكلام فيما إذا نقصته القلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة: أي **الأجرة** بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر

(قوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال، وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن، ونقل صاحب النهاية هذه المسألة عن المبسوط بعبارة صريحة فيها فسروا به وقت الاستعمال حيث قال: وفي المبسوط: فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني، وإن كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اهـ.

أقول: فيه إشكال، فإنه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري، ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند إصابته مالا، أو لا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد أصلا؛ ففيما إذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل، اللهم إلا أن يقال: وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه إن لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمل أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة، لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدارا للحكم الشرعي فتدبر.

وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه. أقول: هذا هو الظاهر، ولكن فيه أيضا شيء، وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه إنما يجوز رأسا إذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه إلا إذا كان لا يجد

غيره، ولا يخفى أنه إذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا ألبتة فلم يكن وجه لترديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه، إذ معناه فبعد أن صرفها إلى حاجة." (١)

"لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا **الأجر** ووقع فعلهم عمارة وإصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش الماء أو توضأ) لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة. قالوا: هذا إذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به

ـــــــهالمستأجر للأجراء: اشرعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا، إن سقط قبل فراغهم من العمل **فالضمان** على **الأجراء** ولم يرجعوا قياسا واستحسانا، وإن سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لأنه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم **بالضمان** على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جار له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر. وفي الاستحسان يكون **الضمان** على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إن فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة، ولكنه غير صحيح من حيث إنه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، فمن حيث إن الأمر صحيح يكون قرار **الضمان** على الآمر بعد الفراغ من العمل، ومن حيث إنه فاسد يكون **الضمان** على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما.

وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما صح من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، كذا ذكر جمهور الشراح هنا. أقول: هذه الوجوه في هذه المسألة بهذا التفصيل والبيان، وإن كان مما قاله شيخ الإسلام وارتضاء جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه: الأول أنهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لأنه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الأمر، وهو إنما يتم فيما إذا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٣٣٠

أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما إذا لم يخبرهم بذلك، إذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة، وقد سووهما في وضع المسألة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا: وأخبرهم أنه ليس له حق إشراع الجناح من القديم أو لم يخبرهم. والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث إن فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه، وجعلوا **الضمان** من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل، مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة، لأنه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب **الضمان** على الفعلة قبل الفراغ من العمل، بل أمرهم بالانتفاع بذلك بإشراع الجناح إليه وفعلوا ذلك، ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب **الضمان** عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر.

والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول **الضمان** على **الأجراء** ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده. وقالوا في الوجه الثالث: وفي الاستحسان يكون **الضمان**." (١)

"(وكذا إذا حفره في فناء داره) لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه. وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعد، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعد وهذا صحيح.

(ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر، **والضمان** إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف – رحمه الله –: إن مات جوعا فكذلك، وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع، أما الجوع فلا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن في الوجوه كلها، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع، إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه. .

قال: (وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على **الأجراء** إن لم يعلموا أنها في غير فنائه) لأن **الإجارة** صحت ظاهرا إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا أن

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣١٠/١٠

ــــــــQقوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن الفناء ملكه، كذا في العناية وغيرها. أقول: يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسألة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب **الضمان** على الآمر استحسانا فتأمل (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الإمام في ذلك. أقول: في كل من وجهي تفسيرهم خلل. أما في الأول فلأن قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا إلخ يأباه جدا، فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا، وقد جعل الحكم فيها خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه.

وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا، ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك، وكذلك إن حفر في ملكه لم يضمن، وكذلك إذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضا، وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك إن حفره في ملكه لم يضمن: يعني كما إذا أذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن، كذلك إن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن، فلا معنى لحمل ما قيل." (١)

"هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لأن الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور، وهنا يجب **الضمان** على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وإن علموا ذلك **فالضمان** على **الأجراء**) لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم (وإن قال لهم: هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان) **فالضمان**

ــــــــQفي مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم **الضمان** بدون إذن الإمام أيضا على التقييد بإذن الإمام كما لا يخفى. وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام: وقيل إنما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكا له، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره، لأنه إذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة بعدم التعدي.

أما إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما إذا كان في سكة غير نافذة يجب **الضمان** لوجود التعدي انتهى. أقول: قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣١٤/١٠

الحفر فيه بأن قال: أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره، فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الأول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل، وقال في تعليل ذلك: لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي. ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضي **الضمان** عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة، وجواب هذه المسألة عدم **الضمان** عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى. ثم أقول: الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الحفر فيه إن كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بأن كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك، فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى.

(قوله وإن علموا بذلك **فالضمان** على **الأجراء** لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا إليهم) قال صاحب العناية: في عبارة المصنف تسامح، لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج إلى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا اهـ. أقول: ليس هذا بسديد، لأن مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل، ولا شك أنه داخل فيه، فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له إشارة إلى انتفاء صحة أمره حقيقة. وقوله ولا غرور إشارة إلى انتفاء صحته ظاهرا، والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به، ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا، فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى، فلم يتم القول بأن ذلك." (١)

"على **الأجراء** قياسا (لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم) وفي الاستحسان **الضمان** على المستأجر (لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل إليه. قال) : ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة، وكذلك (إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها) لأن الأول تعد هو تسبيب، والثاني تعد هو مباشرة فكانت الإضافة إلى المباشر أولى، ولأن تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي. .

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٠/٣١٥

قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن، وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب

ـــــــــهو المناسب (قوله فكان الأمر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر إلى ما ذكرنا) يعني قوله لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه إلخ.

قال في العناية أخذا من معراج الدراية: فإن قيل: قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته. أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم، وهكذا لفظ المبسوط، فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأن كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه، فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا. وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وإن كانت للنفي مطلقا، إلا أن معناه أن مضمون الجملة إذا قيد بزمان من الأزمنة فهو على ما قيد به. وأما إذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه في نحو: زيد قائم كذا حققه الأندلسي واستحسنه الرضي، وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الإيجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة، كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون **الضمان** على **الأجراء** قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم، إذ العلم بفساد الأمر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك.

وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال وإلا لما تم وجه الاستحسان. ثم أقول: الحق عندي في الجواب أن يقال: يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه، إذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة، ولا ينافي أيضا قول المصنف في تعليل وجه القياس بأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم؟ لأن فساد الأمر مقرر على كل من الاحتمالين. أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلا: أي على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر. وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلأن الأمر بالحفر في حق

العامة أو في الحق المشترك بدون إذن الشريك فاسد لأنه تعد، ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به إنسان أو بهيمة يجب عليه **الضمان**." (١)

"ذلك فيها (كالحجر على كميات متساوية) أي الحجر على تقطيع واحد بأجرة واحدة لا يضمن منفعة إحداها بالأخرى مع وجود المشابهة صورة ومعنى فلأن لا يضمن بالأعيان مع أن لا مماثلة بينهما صورة ومعنى أولى ولما ذهب الشافعي إلى ضمانها بناء على أنها مال متقوم كالعين بدليل ورود العقد عليها؛ لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله (ورود العقد عليها لتحقق الحاجة) أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد **الإجارة** ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما على خلاف القياس بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه.

ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب **الضمان** انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود (ولم ينحصر دفعها) أي حاجة دفع العدوان (في التضمين بل الضرب والحبس أدفع) للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا.

كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان يبنى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم **الأجران** معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع بالغصب والإتلاف إذا كان العين معدا للاستغلال بل وسيذكر المصنف في ذيل الكلام على العلة من

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣١٦/١٠

مباحث القياس أنه ينبغي الفتوى بضمان المنافع مطلقا لو غلب غصبها وهو حسن كما نذكره ثمة إن شاء الله تعالى، والله سبحانه أعلم. (ولا) يضمن (القصاص بقتل المستحق عليه) القصاص بقصاص ولا دية.

(ولا) يضمن أيضا (ملك النكاح بشهادة الطلاق بعد الدخول إذا رجعوا) أي الشهود بالطلاق بشيء (خلافا للشافعي فيهما) أي في هاتين المسألتين فإن عن الشافعي أن القاتل للقاتل يضمن الدية؛ لأن القصاص ملك متقوم للولي ألا يرى أن القاتل إذا صالح في مرضه على الدية يعتبر من جميع المال وقد أتلف عليه ذلك بقتله فيضمن وأن الشهود يضمنون للزوج مهر المثل؛ لأن ملك النكاح متقوم على الزوج فيكون متقوما عليه زوالا؛ لأن الزائل عين الثابت بل أولى؛ لأن ملك اليمين يجوز اكتسابه بلا بدل بخلاف ملك النكاح فإنه لا ينفك عن مهر، وإنما قلنا نحن لا يضمن القصاص بالدية وملك النكاح بعد الدخول بالمهر (لأن الدية ومهر المثل لا يماثلانهما) أي القصاص وملك النكاح صورة ولا معنى، أما صورة فظاهر وأما معنى فلأن المقصود من القصاص الانتقام والتشفي بإعدام الحياة للإحياء ومن ملك النكاح السكن والازدواج وإبقاء النسل فلم يكونا مالا متقوما.

(والتقوم) بالمال في باب القتل وملك النكاح (شرعي للزجر) كما في قتل الأب ابنه عمدا (أو لجبر) كما في القتل الخطأ (وللخطر) أي لشرف المحل فيهما أيضا صيانة للدم عن الهدر ولشرف بضع المرأة في ملك النكاح حالة ثبوته تعظيما له ليكون مصونا عن الابتذال بتملكه مجانا فإن له خطرا كالنفوس لكون النسل حاصلا منه ولذا لا يملك إلا بمهر وشهود وولي في بعض أو مطلقا على الاختلاف فيه." (١)

"لا اختياري فلا يصلح طاعة (وذلك) أي ما يجب عليه مما المقصود منه المال فلا تنتفي فائدته (كمال الغرم) أي الغرامات المالية التي هي من حقوق العباد حتى لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يجب عليه **الضمان** (والعوض) في المعاوضات المالية من البيع والشراء ونحوهما؛ لأن المقصود منهما المال لا الأداء إذا الغرض في الأول جبر الفائت وفي الثاني حصول أحد العوضين وذلك يحصل بعين المال وأداء وليه في حصول هذا المقصود كأدائه.

(والمؤنة كالعشر والخراج) ؛ لأنهما في الأصل من المؤن ومعنى العبادة والعقوبة فيهما ليس بمقصود كما تقدم بل المقصود فيهما المال وأداء الولي فيه كأدائه (وصلة كالمؤنة) أي ومثل صلة تشبه المؤنة (كنفقة القريب) فإنها صلة تشبه المؤنة من جهة أنها تجب على الغني كفاية لما يحتاج إليه أقاربه ولهذا لا تجب على من لا يسار له والمقصود منها سد خلة المنفق عليه بوصول كفايته إليه وذلك بالمال فأداء الولي فيه

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٣٠/٢

كأدائه (وكالعوض) أي ومثل صلة تشبه العوض (كنفقة الزوجة) فإنها تشبه العوض من جهة وجوبها جزاء للاحتباس الواجب عليها عند الرجل وجعلت صلة لا عوضا محضا؛ لأنها لم تجب بعقد المعاوضة بطريق التسمية على ما هو المعتبر في الأعواض ولأنها لو كانت عوضا عن الاحتباس للرجل لسقطت بفوته كيفما فات كما في الإجارة متى لم يسلم المؤاجر ما آجر بأي منع كان سقط **الأجر** وليس كذلك فإنها لو حبست نفسها لاستيفاء المهر الحال استحقت النفقة فلكونها صلة تسقط بمضي المدة إذا لم يوجد التزام كنفقة القريب ولشبهها بالأعواض تصير دينا بالالتزام (لا) ما يكون من الصلة (كالأجزية) فإنه لا يجب في ماله (كالعقل) أي كتحمل شيء من الدية مع العاقلة فيما يجب عليها من ذلك فإنه صلة لكن فيه معنى الجزاء على ترك حفظ السفيه والأخذ على يد الظالم ولذا اختص به رجال العشيرة دون الصبيان والنساء؛ لأنهم ليسوا من أهل الحفظ مع أنه عقوبة والصبي ليس من أهلها لتوقفه على أهلية الخطاب والقصد، وهي منعدمة فيه وهذا (بخلاف العبادات كالصلاة) فإنها إنما لم تجب عليه (للحرج) وهذا قد يوهم أنه ماش على ما ذهب إليه بعض مشايخنا كالقاضي أبي زيد من وجوب حقوق الله جميعا على الصبي؛ لأن الوجوب مبني على صحة الأسباب وقيام الذمة وقد تحققا في حقه.

كما في حق البالغ لا على القدرة إذ هي والتمييز إنما يعتبران في وجوب الأداء وذلك حكم وراء أصل الوجوب إلا أنها بعد الوجوب تسقط بعذر الصبا دفعا للحرج ورده المحققون منهم بأنه إخلاء لإيجاب الشرع عن الفائدة في الدنيا، وهي تحقيق معنى الابتلاء وفي الآخرة، وهي الجزاء وبأنه لو كان ثابتا عليه ثم سقط لدفع الحرج لكان ينبغي إذا أدى أن يكون مؤديا للواجب كالمسافر إذا صام رمضان في السفر وحيث لم يقع المؤدى عن الواجب بالاتفاق دل على انتفاء الوجوب أصلا ولكن ليس المراد أنها ماش على ذلك بل المراد أن الوجوب منتف أصلا؛ لأن الوجوب يستتبع فائدته، وهي منتفية في الأداء إذ لا يتوجه عليه الخطاب بالأداء في حال الصبا والقضاء مستلزم للحرج البين كما صرح به في فتح القدير وأشار إليه هنا بقوله (ولذا) أي وللزوم الحرج المنفي شرعا للوجوب لو قلنا به قلنا (ولا يقضي) أي لا يجب عليه قضاء (ما مضى من الشهر) أي شهر رمضان (إذا بلغ في أثنائه بخلاف المجنون والمغمى عليه إذا لم يستوعباه) أي الجنون والإغماء الشهر فإنه يجب عليهما قضاء ما فاتهما منه لثبوت أصل الوجوب في حقهما ليظهر في القضاء؛ لأن صوم ما دون شهر من سنة لا يوقع في الحرج (بخلاف المستوعب من الجنون) للشهر فإنه لا يثبت معه وجوب القضاء عليه؛ لأن امتداد الجنون كثير غير نادر فلو ثبت الوجوب معه ليظهر في القضاء لزم الحرج بخلاف الإغماء فإنه يثبت الوجوب معه إذا امتد تمام الشهر ليظهر حكمه في القضاء

لعدم الحرج؛ لأنه نادر ولا حرج في النادر.

(والممتد منهما) أي وبخلاف الممتد من الجنون والإغماء (يوما وليلة في حق الصلاة) وهذا سهو والصواب كما سيذكره في بحث الجنون أكثر من يوم وليلة فإن الممتد منهما يوما وليلة." (١)

"(من أهلها ولا بعد البلوغ؛ لأن في صحة إسلامه صبيا خلافا) بين العلماء (أورث شبهة فيه) أي القتل (والثالث) أي ما هو حق لله تعالى متردد بين الحسن والقبح (كالصلاة وأخواتها) من العبادات البدنية كالصوم والحج فإن مشروعيتها وحسنها قد يكون في وقت دون وقت كوقت طلوع الشمس واستوائها وغروبها في حق الصلاة ويومي العيد وأيام التشريق في حق الصوم وحكم هذه أنها (تصح) منه (لمصلحة ثوابها) في الآخرة واعتياد أدائها بعد البلوغ بحيث لا تشق عليه (بلا عهدة فلا يلزم بالشروع) المضي فيها (ولا بالإفساد) قضاؤها؛ لأنها قد شرعت في حق البالغ كذلك في الجملة فإنه لو شرع في عبادة من هذه على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه يصح منه الإتمام مع فوات صفة اللزوم حتى لو أفسدها لا يجب عليه شيء فكذا الصبي في هذا المعنى فكانت نفعا محضا في حقه بخلاف ما كان ماليا منها كالزكاة لا يصح منه؛ لأن فيه ضررا به في العاجل بنقصان ماله (والرابع) أي ما هو حق للعبد وهو نفع محض (كقبول الهبة والصدقة تصح مباشرته منه بلا إذن وليه؛ لأنه نفع محض ولذا) أي ولصحة مباشرته ما فيه نفع محض (وجبت أجرته) أي الصبي المحجور بغير إذن وليه (إذا آجر نفسه وعمل مع بطلان العقد؛ لأنه) أي بطلان عقده بغير إذن وليه (ولحقه) أي الصبي وهو (أن يلحقه ضرر) ؛ لأنه عقد معاوضة متردد بين الضر والنفع فلا يملكه بدون إذن الولي.

(فإذا عمل بقي الأجر نفعا محضا) وهو غير محجور فيه (فيجب بلا اشتراط سلامته) من العمل حتى لو هلك في العمل له الأجر بقدر ما أقام من العمل؛ لأن الحر لا يملك بالضمان (بخلاف العبد) المحجور (آجر نفسه) بغير إذن مولاه (تجب) الأجرة (بشرطها) أي السلامة من العمل (فلو هلك ضمن) المستأجر (قيمته من يوم الغصب فيملكه فلا تجب أجرته) ؛ لأنهما لا يجتمعان (وصحت وكالتهما) أي قبول الصبي والعبد توكيل غيرهما لهم، بغير إذن وليهما (بلا عهدة) ترجع إليهما من لزوم الأحكام المتعلقة بالعقد الذي باشره كتسليم المبيع والثمن والخصومة في العيب (لأنه) أي قبولهما الوكالة بلا عهدة (نفع) محض لهما (إذ يكتسب بذلك إحسان التصرف، وجهة الضرر وهي لزوم العهدة منتفية فتمحض نفعا وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦] أي اختبروا عقولهم وتعرفوا أحوالهم بالتصرف قبل البلوغ حتى إذا تبينتم

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٦٦/٢

منهم هداية دفعتم إليهم أموالهم بلا تأخير عن حد البلوغ (ولذا) أي ولصحة مباشرتهما ما فيه نفع محض (استحقا الرضخ) أي ما دون السهم من الغنيمة (إذا قاتلا بلا إذن) من الولي والمولى والقياس لا شيء لهما؛ لأنهما ليسا من أهل القتال وإنما يصيران من أهله بالإذن كالحربي المستأمن، وجه الاستحسان أنهما غير محجورين عن محض المنفعة واستحقاق الرضخ بعد القتال كذلك فيكونان كالمأذونين من الولي والمولى.

(وقيل هو) أي استحقاق الرضخ (قول محمد) ؛ لأن عنده أمانهما صحيح وهو لا يصح إلا ممن له ولاية القتال وإذا كان لهما ولاية القتال كان لهما الرضخ عند الفراغ منه والدليل عليه أن محمدا لم يذكر هذه المسألة لا في السير الكبير وأكثر تفريعاته مبني على أصله كتفريعات الزيادات فأما عندهما فلا يصح أمانهما فلم يكن لهما ولاية القتال فلا يرضخ لهما ولهذا لا يحل لهما شهود القتال بدون الإذن بالإجماع والأصح أن هذا جواب الكل؛ لأن الحجر عن القتال لدفع الضرر وقد انقلب نفعا بعد الفراغ منه فلا معنى للحجر عن الاستحقاق (وإنما لا تصح وصيته) بثلث ماله فما دونه (مع حصول نفع الثواب وعدم الضرر إذ لا يخرج عن ملكه حيا) ؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت (لإبطالها) أي الوصية (نفع الإرث عنه) لأقاربه الورثة (وهو) أي نفع إرثهم له (أنفع) له من نفع الوصية للأجانب (لأن نقل الملك إلى الأقارب أفضل شرعا للصدقة والصلة) فقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم – «الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذي الرحم ثنتان صدقة وصلة» حسنه الترمذي وصححه ابن حبان والحاكم «وقال – صلى الله عليه وسلم – لسعد إنك إن تدع." (١)

"الأول بأنه بعد التسليم بقي الأصل: وجوب الأجرة عليه إلى أن يتبين ما يسقطها.

ومنها: لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال: أمرتني بقطعه قباء، فقال: بل قميصا فالأظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن في ذلك، والثاني المستأجر ؛ لأن الأصل براءة ذمته، والظاهر: أنه لا يتجاوز إذنه.

ومنها: قد ملفوفا وزعم موته، ففي قول يصدق القاد لأن الأصل براءة ذمته والأصح يصدق الولي ؛ لأن الأصل بقاء الحياة.

ومنها: لو زعم الولي سراية والجاني سببا آخر، فالأصح تصديق الولي لأن الأصل عدم السبب.

والثاني الجاني لأن الأصل براءة الذمة.

ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه، وزعم الولي سببا آخر، والجاني سراية فالأصح تصديق الولي ؛ لأن الأصل

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٧٠/٢

بقاء الديتين الواجبتين، والثاني: الجاني، لأن الأصل براءة ذمته.

ومنها: لو قلع سن صغير ومات قبل العود فقيل: يجب الأرش ؛ لأن الجناية قد تحققت، والأصل عدم العود، والأصح: لا، لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر أنه لو عاش لعادت.

ومنها: ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية، فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب، كذا في أصل الروضة. قال البلقيني: لم يبين فيه الحكم وكأنه أحاله على ما إذا اختلفا في عقدين فإن كلا يحلف على نفي دعوى الآخر.

ومنها: إذا قال: كان له علي كذا، ففي كونه مقرا به خلاف ؛ لأن الأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة، والأصح أنه ليس بإقرار.

ومنها: اطلعنا على كافر في دارنا فقال: دخلت بأمان مسلم، ففي مطالبته بالبينة وجهان لأن الأصل عدم الأمان، ويعضده: أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالإشهاد، والأصل حقن الدماء، ويعضده: أن الظاهر أن الحربي لا يقدم على هذا إلا بأمان هذا هو الأصح.

ومنها: لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الإكراه، فليجدد الإسلام فإن قتله مبادرا قبل التجديد، ففي الضمان وجهان. قال في الوسيط: مأخوذان من تقابل الأصلين: عدم الإكراه وبراءة الذمة.

ومنها: طار طائر فقال، إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق، ثم اصطاد ذلك اليوم طائرا وجهل: هل هو ذلك أو غيره، ففي وقوع الطلاق تردد لتعارض أصلين: بقاء النكاح، وعدم اصطياده، ورجح النووي من زوائده عدم الوقوع. ومنها: زاد المقتص في الموضحة وقال: حصلت الزيادة باضطراب الجاني وأنكر." (١)

"الخامسة: إذا استؤجر المسلم للجهاد لم يصح، ولا شيء.

السادسة: إذا استأجر أبو الطفل أمه لإرضاعه، وقلنا: لا يجوز، فلا تستحق أجرة المثل، في الأصح.

السابعة: قال الإمام لمسلم: إن دللتني على القلعة الفلانية، فلك منها جارية، ولم يعين الجارية، فالصحيح: الصحة، كما لو جرى من كافر، فإن قلنا: لا يصح، لم يستحق أجرة.

الثامنة: المسابقة إذا صحت فالعمل فيها مضمون، وإذا فسدت لا يضمن في وجه.

التاسعة: النكاح الصحيح يوجب المهر، بخلاف الفاسد. ويستثنى من الثاني مسائل: الأولى: الشركة، فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونا عليه. وإذا فسدت يكون مضمونا بأجرة المثل. الثانية: إذا صدر الرهن، والإجارة من الغاصب، فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٧١

على الصحيح، وإن كان القرار على الغاصب، مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة.

الثالثة: لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه: أنه يضمن، كالبيع الفاسد.

الرابعة: ما صدر من السفيه والصبي مما لا يقتضي صحيحه **الضمان** فإنه يكون مضمونا على قابضه منه، مع فساده.

تنبيه: المراد من القاعدة الأولى: استواء الصحيح والفاسد في أصل **الضمان**، لا في الضامن ولا في المقدار، فإنهما لا يستويان. أما الضامن: فلأن الولي إذا استأجر على عمل للصبي إجارة فاسدة. تكون **الأجرة** على الولي، لا في مال الصبي، كما صرح به البغوي في فتاويه، بخلاف الصحيحة. وأما المقدار: فلأن صحيح البيع: مضمون بالثمن، وفاسده بالقيمة، أو المثل: وصحيح القرض: مضمون بالمثل مطلقا، وفاسده بالمثل، أو القيمة.

وصحيح المساقاة والقراض، والإجارة، والمسابقة، والجعالة: مضمون بالمسمى، وفاسدها بأجرة المثل والوطء في النكاح الصحيح: مضمون بالمسمى، وفي الفاسد: بمهر المثل.." (١)

"ضمنه ولكن لا يتعين ذلك المرهون لوفائه، ولا يمتنع على صاحبه التصرف فيه انتهى.

الثاني: صحة **الضمان** بها أداء.

فأما الأعيان، فإن لم تكن مضمونة على من هي في يده، كالوديعة والمال في يد الشريك والوصي والوكيل، فلا يصح ضمانها قطعا وإن كانت مضمونة صح ضمان ردها على المذهب ولا يصح ضمان قيمتها لو تلفت على الصحيح ؛ لأنها قبل التلف غير واجبة.

الثالث قبول الأجل فلا يصح تأجيل الأعيان ولو قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا: لم يصح ؛ لأن الأجل شرع رفقا للتحصيل، والمعين حاصل.

فوائد:

الأولى: ليس في الشرع دين لا يكون إلا حالا، إلا رأس مال السلم وعقد الصرف، والربا في الذمة، والقرض وكل مال متلف قهري **والأجرة** في إجارة الذمة، وفرض القاضي مهر المثل على الممتنع في المفوضة، وعقد كل نائب أو ولي لم يؤذن له في التأجيل لفظا أو شرعا، وليس فيه دين لا يكون إلا مؤجلا، إلا الكتابة والدية، وليس فيه دين يتأجل ابتداء بغير عقد إلا في الفرض للمفوضة إذا تراضيا.

الثانية ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض مكلف بصير، إلا في صورتين: الأولى: إذا خالعها على طعام في

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٢٨٤

الذمة وأذن في صرفه لولده منها والأخرى: النفقة التي في الذمة، إذا أنفق على زوجة صغيرة أو مجنونة بإذن الولي، برئ، وإن لم يقبض المكلف.
الثالثة الأجل: لا يحل قبل وقته إلا بموت المديون. ومنه: موت العبد المأذون وقتل المرتد وباسترقاقه إذا كان حربيا وبالجنون على ما وقع في الروضة، والأصح خلافه. ويستثنى من الموت: المسلم الجاني ولا عاقلة له، تؤخذ الدية من بيت المال مؤجلة ولا تحل بموته، ولو اعترف وأنكرت العاقلة، أخذت منه مؤجلة فلو مات لم تحل في وجه، ولو ضمن الدين مؤجلا ومات، لم يحل في وجه والأصح فيهما الحلول.." (١)

"وأما لغير من هو عليه بالعين، كأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو، ففيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج: البطلان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.
والثاني: يجوز كالاستبدال، وصححه في الروضة من زوائده. وشرطه على ما قال البغوي ثم الرافعي: أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما، بطل العقد.
قال في المطلب: ومقتضى كلام الأكثرين خلافه، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر - ولا بينة له عليه - لا يصح جزما، وكما لا يصح بيع الدين، لا يصح رهنه ولا هبته على الصحيح.

[ما يجوز فيه الاستبدال وما لا يجوز]

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا، وقيمته وثمن المبيع **والأجرة** والصداق وعوض الخلع وبدل الدم قال الإسنوي: وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب **الضمان** وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك. قال: وفي الدين الثابت بالحوالة: نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله، وهو المحال به فيعطى حكمه. وحيث جاز الاستبدال، جاز عن المؤجل حالا، لا عكسه. ثم إن استبدل موافقا في علة الربا، شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره، شرط تعيينه في المجلس لا في العقد ولا قبضه.
قال في المطلب: وعلى هذا فقولهم، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض، محمول على ما بعد اللزوم. أما قبله: فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط. قال الإسنوي: وهذا الذي قاله جيد، وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٣٢٩

[الزكاة في الدين]
الخامس: لا تجب فيه الزكاة إن كان ماشية، وعللوه بأن السوم شرط وما في الذمة لا يوصف به. واستشكله الرافعي: بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة، فكما يثبت في الذمة لحم راعية، فلتثبت الراعية نفسها وأجاب القونوي: بأن المدعى اتصافه بالسوم المحقق وثبوتها في الذمة سائمة أمر تقديري ولا يجب فيه أيضا إن كان معسرا ؛ لأن شرطه الزهو في ملكه ولم يوجد، ولا إن كان دين." (١)

"إلى صباغ؛ ليصبغه له ولم يعين له أجرة، ثم اختلفا في **الأجر** وعدمه وقد جرت العادة بالعمل **بالأجرة**؛ فهل ينزل منزلة شرط **الأجرة**؟

فيه اختلاف قال الإمام الأعظم: لا أجرة له،

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصابغ حريفا له أي معاملا له فله **الأجر**، وإلا لا.

وقال محمد رحمه الله: إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة **بالأجر**، وقيام حاله بها كان القول قوله، وإلا فلا اعتبار للظاهر المعتاد.

وقال الزيلعي؛ والفتوى على قول محمد رحمه الله (انتهى) .

ولا خصوصية لصابغ بل كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة فإن السكوت كالاشتراط، ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما في البزازية.

ومن هذا القبيل المعد للاستغلال كما في الملتقط.

ولذا قالوا: المعروف كالمشروط، فعلى المفتى به صارت عادته كالمشروط صريحا.

وهنا مسألتان لم أرهما الآن، يمكن تخريجهما على أن المعروف كالمشروط، وفي البزازية المشروط عرفا كالمشروط شرعا

منها: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض هل يحرم إقراضه تنزيلا لعادته بمنزلة الشرط؟

ومنها لو بارز كافرا مسلم، واطردت العادة بالأمان للكافر، هل يكون بمنزلة اشتراط الأمان له فيحرم على المسلمين إعانة المسلم عليه؟

وحين تأليف هذا المحل ورد علي سؤال فيمن آجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٣٣١

فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه. والعارية إذا اشترط فيها **الضمان** على المستعير

تصير مضمونة عندنا في رواية، ذكره الزيلعي في العارية وجزم به في الجوهرة ولم يقل في رواية، لكن نقل بعده فروع البزازية عن الينابيع.

ثم قال: وأما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال (انتهى)

ولكن في البزازية:

قال أعرني هذا على أنه إن ضاع فأنا ضامن له فأعاره فضاع لم يضمن (انتهى) .

ومما تفرع على أن المعروف كالمشروط لو جهز الأب بنته جهازا، ودفعه لها ثم ادعى أنها عارية، ولا بينة ففيه اختلاف؛ والفتوى أنه إن كان العرف مستمرا أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لا عارية لم يقبل قوله، وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب كذا في شرح منظومة ابن وهبان.

وقال قاضي خان: وعندي أن الأب إن كان من كرام الناس، وأشرافهم لم يقبل قوله، وإن كان من أوساط الناس كان القول." (١)

"ويكفر إذا شك في صدق النبي صلى الله عليه وسلم أو سبه أو نقصه.

أو صغره. وفي قوله مسيجد خلاف.

والأصح لا، كتمنيه أن لا يكون الله سبحانه وتعالى بعثه إن لم يكن عداوة.

ولو ظن الفاجر نبيا فهو كافر لا كنبي ويكفر بنسبة الأنبياء إلى الفواحش كعزم على الزنا ونحوه في يوسف عليه السلام؛ لأنه استخفاف بهم.

وقيل لا

ولو قال لم يعصوا حال النبوة وقبلها كفر؛ لأنه رد النصوصإذا لم يعرف أن محمدا صلى الله عليه وسلم آخر الأنبياء فليس بمسلم؛ لأنه من الضروريات.

كتاب اللقيط واللقطة والآبق والمفقود

يجعل الجعل لراد الآبق إلا إذا رده من عيال السيد أو رده أحد الأبوين مطلقا أو الابن إلى أحدهما أو أحد الزوجين للآخر، أو وصي اليتيم أو من يعوله أو من استعان به مالكه في رده إليه أو رده السلطان أو الشحنة

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٨٥

أو الخفير.

فالمستثنى عشرة من إطلاق المتون

لو أراد الملتقط الانتفاع بها بعد التعريف وكان غنيا لم يحل له وإن كان فقيرا فكذلك إلا بإذن القاضي كما في الخانية

الصبي في الالتقاط كالبالغ،

والعبد كالحر

وإن رد العبد الآبق فالجعل لمولاه.

إن أشهد راد الآبق أنه أخذه ليرده على مالكه، انتفى **الضمان** عنه واستحق الجعل وإلا فلا فيهما

كتاب الشركة

الفتوى على جوازها بالفلوس.

التبر لا يصلح إلا في موضع يجري مجرى النقود للمفاوض العقد مع من لا تقبل شهادته له.

لا تجوز شركة القراء والوعاظ والدلالين والشحاذين وألحقت بهم الشهود في المحاكم، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لم يصح الشرط، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة ولكل واحد منهما رأس ماله، كما في السراجية.

إذا عمل أحد الشريكين دون الآخر بعذر أو بغيره فالربح بينهما، بخلاف ما إذا تقبل ثلاثة عملا من غير عقد شركة فعمل أحدهم، كان له ثلث **الأجر** ولا شيء للآخرين.." (١)

"المثل للمشي لأجله.

وفي السير الكبير قال أمير السرية: من دلنا على موضع كذا فله كذا يصح.

ويتعين **الأجر** بالدلالة فيجب **الأجر** كذا في البزازية.

وظاهره وجوب المسمى.

والظاهر وجوب أجر المثل إذ لا عقد إجارة هنا.

ولهذا مخصص لمسألة الدلالة على العموم لكونه بين الموضعإجارة المنادي والسمسار والمحامي ونحوها

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/١٦١

جائزة للحاجة.

السكوت في الإجارة رضاء وقبول.

قال الراعي لا أرضى بالمسمى وإنما أرضى بكذا، فسكت المالك فرعى لزمته.

وكذا لو قال للساكن اسكن بكذا وإلا فانتقل فسكن لزمه ما سمى الأجرة للأرض كالخراج على المعتمد

فإذا استأجرها للزراعة فاصطلم الزرع آفة.

وجب منه لما قبل الاصطلام وسقط ما بعده

لا يلزم المكاري الذهاب معها ولا إرسال غلام معها وإنما يلزم الآجر بتخليتها.

استأجر لحفر حوض، عشرة في عشرة، وبين العمق فحفر خمسة في خمسة كان له ربع الأجر لأن العشرة في العشرة مائة، والخمسة في الخمسة خمسة وعشرون فكان له ربع العمل

استأجره لحفر قبر فحفره فدفن فيه غير ميت المستأجر فلا أجر له.

بعه لي بكذا ولك كذا فباع فله أجر المثل.

متى وجب أجر المثل وجب الوسط منه.

اكتراها بمثل ما يتكارى الناس إن متفاوتا لم تصح، وإلا صحت داري لك هبة إجارة أو إجارة هبة فهي إجارة أجرتك بغير شيء فاسدة لا عارية. أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي والقصار على الاختلاف في المشترك ومحله عند عدم اشتراط الضمان عليه، وأما معه فيضمن اتفاقا المستأجر إذا بنى فيها بلا إذن فإن بلبن فله رفعه، وإن بترابها فلا لا ضمان على الحمامي والثيابي إلا بما يضمن به المودع.." (١)

"ضمن على الصحيح ولا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

ادعى المودع دفعها إلى مأذون مالكها، وكذباه فالقول له في براءته.

لا في وجوب الضمان عليه.

المأذون له بالدفع إذا ادعاه وكذباه، فإن كانت أمانة فالقول له، وإن كان مضمونا كالغصب والدين لا.

كما في فتاوى قارئ الهداية.

ومن الثاني ما إذا أذن المؤجر للمستأجر بالتعمير من الأجرة فلا بد من البيان وهي في أحكام العمارة من العمادي استأجر بعيرا إلى مكة فهو على الذهاب دون المجيء، ولو استعار بعيرا فهو عليهما كذا في إجارة الولوالجية وفي وكالة البزازية.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٢٣١

المستطيع لا يملك الإبضاع والإيداع، والأبضاع المطلقة كالوكالة المقرونة بالمشيئة، حتى إذا دفع إليه ثوبا وقال: اشتر لي به ثوبا صح، كما إذا قال: اشتر لي به أي ثوب شئت، وكذلك لو دفع إليه بضاعة، وأمره أن يشتري له ثوبا صح.

والبضاعة كالمضاربة إلا أن المضارب يملك ا‌لبيع والمستبضع لا، إلا إذا كان في قصده ما يعلم أنه قصد الاسترباح أو نص على ذلك (انتهى) الإعارة كالإجارة تنفسخ بموت أحدهما كما في المنية.

القول للمودع في دعوى الرد والهلاك إلا إذا قال: أمرتني بدفعها إلى فلان فدفعتها إليه وكذبه ربها في الأمر، فالقول لربها.

والمودع ضامن عند أصحابنا رحمهم الله خلافا لابن أبي ليلى، كذا في آخر الوديعة من الأصل لمحمد رحمه الله.

المودع: إذا قال: لا أدري أيكما استودعني، وادعاها رجلان وأبى أن يحلف أحدهما، ولا بينة، يعطيها لهما نصفين ويضمن مثلها بينهما؛ لأنه أتلف ما استودع بجهله.

مات رجل، وعليه دين وعنده وديعة بغير عينها فجميع ما تركه بين الغرماء، وصاحب الوديعة بالحصص كذا في الأصل أيضا

كتاب الحجر والمأذون

المحجور عليه بالسفه، على قولهما المفتى به، كالصغير في جميع أحكامه إلا في النكاح والطلاق والعتاق والاستيلاد والتدبير ووجوب الزكاة وا‌لحج والعبادات وزوال ولاية أبيه وجده

وفي صحة إقراره بالعقوبات وفي الإنفاق وفي صحة وصاياه بالقرب من الثلث.

فهو كالبالغ في هذه، وحكمه كالعبد في الكفارة، فلا يكفر إلا بالصوم.

لو أعتق عن كفارة ظهاره صح، ولا يجزيه عنها ولا يصوم لها.

وتمامه في شرح ابن وهبان.

وأما إقراره ففي التتارخانية أنه صحيح عند أبي حنيفة رحمه الله لا عندهما (انتهى) .

يعني بناء على الحجر بالسفه.." (١)

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٢٣٧

"وصايا القنية.

لا تصير الدار معدة له بإجارتها إنما تصير معدة إذا بناها لذلك أو اشتراها له، وبإعداد البائع لا تصير معدة في حق المشتري الغاصب، إذا أجر ما منافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم

أو معد للاستغلال فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل ولا يلزم الغاصب أجر المثل إنما يرد ما قبضه من المستأجر السكنى بتأويل عقد كسكنى المرتهن لو استأجرها سنة بأجر معلوم فسكنها سنتين ودفع أجرتهما ليس له الاسترداد والتخريج على الأصول يقتضي أن له ذلك إن لم تكن معدة، لكونه دفع ما ليس بواجب فيسترده إلا إذا دفع على وجه الهبة فاستهلكه المؤجر.

أجر الفضولي دارا موقوفة وقبض **الآجر** خرج المستأجر عن العهدة إذا كان ذلك أجر المثل ويرده إلى الوقف.

أجرها الغاصب ورد أجرتها إلى المالك تطيب له؛ لأن أخذ **الأجرة** إجازة اللحم قيمي. قال للغاصب ضح بها فإن هلكت قبل التضحية ضمنها وإن بعده لا.

الأجر قيمي وكذا في الفحم.

أمره أن ينظر إلى خابيته، فنظر إليها فسال الدم فيها من أنفه ضمن نقصان الخل. الخشب إذا كسره الغاصب فاحشا لا يملكه، ولو كسره الموهوب له لم ينقطع الرجوع.

عثر في زق إنسان وضعه في الطريق ضمنه إلا إذا وضعه بغير ضرورة.

الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ثلاث: ما إذا كان الآمر سلطانا؛ أو مولى لمأمور، أو كان المأمور عبدا لغيره بإتلاف مال غيره فأتلفه، كان **الضمان** على العبد ويرجع به على آمره كما في جامع الفصولين.

وزدت رابعة ما إذا أمر الأب ابنه كما في القنية.

لا يجوز دخول بيت إنسان إلا بإذنه إلا في الغزو، كما في منية المفتي، وفيما إذا سقط ثوبه في بيت غيره وخاف لو أعلمه أخذه كما في الوديعة. حفر قبرا فدفن فيه آخر ميتا فهو على ثلاثة أوجه؛ فإن كان في أرض مملوكة للحافر فللمالك النبش عليه وإخراجه وله التسوية والزرع فوقها، وإن كان في أرض مباحة ضمن الحافر قيمة حفره ممن دفن فيه، وإن كان في أرض موقوفة لا يكره إن كان في الأرض سعة؛ لأن الحافر لا يدري بأي أرض يموت، هكذا ذكر الفروع الثلاثة." (١)

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٢٤٤

"القنية، وله عزل نفسه بحضرة القاضي، وقد ذكرنا التولية على الأوقاف في وقف الفوائد

تقسيم: في العقود: البيع نافذ وموقوف ولازم وغير لازم وفاسد وباطل
وضبط الموقوف في الخلاصة في خمسة عشر، وزدت عليها ثمانية: تكميل: الباطل والفاسد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك، لكن قالوا: نكاح المحارم فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ فلا حد، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد، وفي جامع الفصولين: نكاح المحارم؛ قيل باطل وسقط الحد لشبهة الاشتباه، وقيل فاسد وسقط الحد لشبهة العقد (انتهى) .
وأما في البيع، فمتباينان فباطله ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه، وحكم الأول أنه لا يملك بالقبض، وحكم الثاني أنه يملك به.
وأما في الإجارة فمتباينان؛ قالوا لا يجب **الأجر** في الباطلة، كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك، ويجب أجر المثل في الفاسدة، وأما في الرهن فقال في جامع الفصولين: فاسده يتعلق به **الضمان**، وباطله لا يتعلق به **الضمان** بالإجماع، ويملك الحبس للدين في فاسده دون باطله، ومن الباطل: لو رهن شيئا بأجر نائحة أو مغنية، وأما في الصلح فقالوا: من الفاسد الصلح على إنكار بعد دعوى فاسدة والصلح الباطل: الصلح عن الكفالة والشفعة وخيار العتق وقسم المرأة وخيار الشرط وخيار البلوغ؛ ففيها يبطل الصلح ويرجع الدافع بما دفع كذا في جامع الفصولين.
وأما في الكفالة فقال في جامع الفصولين: إذا ادعى بحكم كفالة فاسدة رجع بما
أدى؛ فالكفالة بالأمانات باطلة (انتهى) ولم يتضح الفرق بين الفاسد والباطل في الرهن والكفالة بما ذكرنا فليرجع إلى الكتب المطولة.
وأما الكتابة؛ ففرقوا فيها بين الفاسد والباطل؛ فيعتق بأداء العين في فاسدها كالكتابة على خمر أو خنزير؛ ولا يعتق في باطلها كالكتابة على ميتة أو دم كما ذكره الزيلعي.." (١)

"ومنها: قيمة ولد المغرور الحر، ففي الخلاصة: تعتبر قيمته يوم الخصومة واقتصر عليه وحكاه في النهاية، ثم حكي عن الإسبيجابي أنه يعتبر يوم القضاء.
والظاهر أن لا خلاف في اعتبار يوم الخصومة.
ومن اعتبر يوم القضاء فإنما اعتبره بناء على أن القضاء لا يتراخى عنها.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٢٩١

ولهذا ذكر الزيلعي أولا اعتبار يوم الخصومة، وثانيا اعتبار يوم القضاء.

ولم أر من اعتبر يوم وضعه.

ومنها: ضمان جنين الأمة. قالوا: لو كان ذكرا وجب على الضارب نصف عشر قيمته لو كان حيا، وعشر قيمته لو كان أنثى، كذا في الكنز، وفي الخانية. وهما في القدر سواء وظاهر كلامهم اعتبار يوم الوضع.

ومنها: قيمة الصيد المتلف في الحرم أو الإحرام؛ ففي الكنز في الثاني بتقويم عدلين في مقتله أو أقرب موضع منه. ولم يذكر الزمان والظاهر فيهما يوم قتله كما في المتلف.

ومنها: قيمة اللقطة إذا تصدق بها أو انتفع بها بعد التعريف ولم يجد مالكها فالمعتبر قيمتها يوم التصدق لقولهم إن سبب **الضمان** تصرفه في مال غيره بغير إذنه. ولم أره صريحا.

ومنها: قيمة جارية الابن إذا أحبلها الأب وادعاه والظاهر من كلامهم أن الاعتبار بقيمتها قبيل العلوق لقولهم إن الملك يثبت شرطا للاستيلاد عندنا لا حكما.

ومنها: قيمة الصداق إذا انتصف بالطلاق قبل المسيس وكان هالكا، ولم أره صريحا

وينبغي أن يعتبر يوم القضاء به أو التراضي لما قدمناه أنه لا يعود إلى ملك الزوج النصف إلا بأحدهما إذا كان بعد القبض فهذه تسعة عشر موضعا فاغتنمها

الكلام في أجرة المثل

تجب في مواضع؛ أحدها **الإجارة** في صور: منها الفاسدة، ومنها: لو قال له المؤاجر بعد انقضاء المدة إن فرغتها اليوم وإلا فعليك كل شهر كذا، وقيل: يجب المسمى.

ومنها: لو قال مشتري العين للأجير اعمل كما كنت ولم يعلم **بالأجر**، بخلاف ما إذا علم فإنه يجب.

ومنها: لو عمل له شيئا ولم يستأجره وكان الصانع معروفا بتلك الصنعة وجب أجر المثل على قول محمد رحمه الله وبه يفتى.." (١)

"ومنها: في غصب المنافع إذا كان المغصوب مال يتيم أو وقفا أو معدا للاستغلال على المفتى به.

وليس منها لما إذا خالف المستأجر المؤجر إلى شرط بأن حمل أكثر من المشروط فإنه لا يجب أجر ما زاد؛ لأن **الضمان** **والأجر** لا يجتمعان.

ومنها: إذا فسدت المساقاة والمزارعة كان للعامل أجر مثله.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٣١٥

ومنها: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، فإنه يترك بأجر المثل إلى أن يستحصده.

ومنها: إذا فسدت المضاربة فللعامل أجر مثله إلا في مسألة ذكرناها في الفوائد.

ومنها: عامل الزكاة يستحق أجر مثل عمله بقدر ما يكفيه ويكفي أعوانه

وفائدته أن المأخوذ أجره أنه لو لم يعمل؛ بأن حمل أرباب الأموال أموالهم إلى الإمام، فلا أجر له.

ومنها: الناظر على الوقف، إذا لم يشترط له الواقف، فله أجر مثل عمله حتى لو كان الوقف طاحونة يستغلها الموقف عليهم؛ فلا أجر له فيها كما في الخانية. وهذا إذا عين القاضي له أجرا. فإن لم يعين له وسعى فيه سنة فلا شيء له، كذا في القنية ثم ذكر بعده أنه يستحق وإن لم يشترط له القاضي، ولا يجتمع له أجر النظر والعمالة لو عمل مع العملة (انتهى) .

ومنها: الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجرا بقدر أجرة مثله جاز.

وأما وصي الميت فلا أجر له على الصحيح كما في القنية.

ومنها: القسام لو لم يستأجر بمعين فإنه يستحق أجر المثل.

ومنها: يستحق القاضي على كتابة المحاضر والسجلات أجرة مثله

تنبيهات:

الأول: قولهم في الزرع بعد انقضاء مدة الإجارة يترك بأجر المثل معناه بالقضاء أو الرضا وإلا فلا أجر له كما في القنية.

الثاني: إذا وجب أجر المثل وكان هناك مسمى في عقد فاسد فإن كان معلوما لا يزاد عليه وينقص منه، وإن كان مجهولا وجب بالغا ما بلغ.

الثالث: يجب أجرة المثل من جنس الدراهم والدنانير.

الرابع: إذا وجب أجرة المثل وكان متفاوتا منهم من يستقصي ومنهم من يتساهل في **الأجر** يجب الوسط، حتى لو كان أجر المثل اثني عشر عند بعضهم،." (١)

"شهر خمسة دراهم وأنت عبد فقال المعتق أخذتها بعد العتق، كان القول قول المولى.

٨٢ - وكذا الوكيل بالبيع إذا قال: بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل: بعد العزل ٨٣ - كان القول للوكيل إن كان البيع مستهلكا، وإن كان قائما فالقول قول الموكل.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٣١٦

٨٤ – وكذا في مسألة الغلة ٨٥ – لا يصدق في الغلة القائمة.

، ومما وافق الأصل ما في النهاية لو أعتق أمة، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي: قطعتها
ــــــQخرج عنه ما في جامع الفصولين: هلك المستأجر على حفظه فقال الأجير: هلك بعد تمام السنة، وقال المستأجر: بعد شهر، فالقول للمستأجر، وإنما يضاف إلى أقرب الأوقات حتى يصدق الأجير؛ لأن الأصل المذكور ظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وغرض الأجير أخذ **الأجرة**

(٨٢) قوله: وكذا الوكيل أي خرج عن الأصل على أحد التقريرين لا أنه إذا كان المبيع قائما وكان القول قول الموكل لم يخرج حينئذ عن الأصل، وإنما يخرج عنه إذا كان مستهلكا، ثم المراد بقول الموكل بعد العزل أي بعد العلم بالعزل؛ لأن تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم نافذ انتهى.
(٨٣) قوله: كان القول للوكيل إلخ؛ لإنكاره **الضمان** في المستهلك وادعائه خروج الملك في القائم عن الموكل ومثله الغلة المستهلكة، والقائمة

(٨٤) قوله: وكذا في مسألة الغلة إلخ يعني أن السيد ادعى أن الغلة اكتسبها وهو عبد وقال المعتق: اكتسبتها وأنا معتق، فالقول قوله؛ لأنها قائمة في يده.
(٨٥) قوله: لا يصدق في الغلة القائمة أي السيد فيكون الحاصل أن الخروج عن الأصل بسبب كون القول للسيد محله ما إذا كانت الغلة هالكة، وإلا كان على الأصل فهو تقييد للإطلاق السابق." (١)
"كتاب اللقيط واللقطة والآبق والمفقود
١ – يجعل الجعل لراد الآبق ٢ – إلا إذا رده من عيال السيد
ــــــQ [كتاب اللقيط واللقطة والآبق والمفقود]
قوله كتاب اللقيط إلخ قال بعض الفضلاء العجب من المصنف – رحمه الله – قد ترجم الأربعة ولم يذكر شيئا من أحكام اللقيط والمفقود ولعله لم يبيض الكتاب ولم يتيسر له الانتخاب (١) قوله: يجعل الجعل لراد الآبق يعني إذا رد الآبق من مسيرة السفر فصاعدا وكان عند الأخذ قد أشهد عليه أنه إنما أخذه ليرده على صاحبه لا لنفسه، فقد وجب الجعل أربعين درهما، والجعل ما يجعل للعامل على عمله، وإن رده لأقل

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٢١/١

من مدة السفر فله من الجعل بحساب ذلك، شرط ذلك على مولاه أو لم يشترط وقال الشافعي - رحمه الله - لا يجب الجعل للراد من غير شرط على المولى، وهو القياس والإشهاد عند الأخذ قولهما خلافا لأبي يوسف - رحمه الله - وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الجعل إذا لم يشهدوا في وجوب **الضمان** إذا هلك ويكفيه في الإشهاد أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي وفي الخانية: هذا الخلاف في الإشهاد فيما إذا أمكنه، أما إذا لم يمكنه عند الدفع أو خاف أنه لو أشهد يأخذه منه الظالم، فترك الإشهاد لا يضمن بالإجماع كذا في المنبع شرح المجمع.

(٢) قوله: إلا إذا رده من في عيال السيد اعلم أن شرط استحقاق الراد الجعل أن لا يكون الراد في عيال المالك، إذ لو كان الراد في عياله لا جعل له وارثا كان أو أجنبيا، وإن لم يكن في عياله، له الجعل وارثا كان أو أجنبيا، إلا الولد وأحد الزوجين فإنه لا يستحق الجعل برد الآبق وإن لم يكن في عياله؛ لأن الرد من الولد يجري مجرى الخدمة لأبيه والولد لا يستحق **الأجرة** بالخدمة لأبيه؛ لأنها مستحقة عليه، ولهذا لو استأجر ولده ليخدمه لا يستحق **الأجرة** بخلاف الأب

وكذا أحد الزوجين إذا رد الآبق فقد رد عبد نفسه لجريان الانتفاع بينهما عادة، ولهذا لا تقبل شهادة كل." (١)

"الذرع وصف في المذروع

٤٤ - إلا في الدعوى والشهادة. كذا في دعوى البزازية.

٤٥ - المقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر كما في الذخيرة.

ــــــــأجيرا بما لا يتغابن فيه فعمل الأجير وانقضت المدة كانت الزيادة باطلة ولو أن القاضي أو أمير العسكر قال: استأجرته وأنا أعلم أنه ما ينبغي لي أن أفعل كان جميع **الأجر** في ماله كالقاضي إذا أخطأ في قضائه كان خطؤه على المقضي له، وإن تعمد الجور كان ذلك عليه.

(٤٣) قوله: الذرع وصف في المذروع إلخ. يعني فيلغو في الحاضر بخلاف الكيل فإنه أصل؛ لأن الصبرة تحل في الكيل فيصير كل قفيز منها أصلا لنفسه كأنه بيع بمفرده بخلاف المذروع؛ لأن الذارع هو الذي يحل المذروع ويبين قدره، فلا يكون كل ذراع أصلا بنفسه وإنما هو وصف للثبوت مثلا

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢/٢٠٨

(٤٤) قوله: إلا في الدعوى والشهادة إلخ. فإنهما إذا شهدا بوصف فظهر خلافه لا يقبل ولو ادعى حديدا مشارا إليه وذكر أنه عشرة أمناء فإذا هو عشرون أو ثمانية تقبل الدعوى والشهادة كذا في البزازية فليراجع.

(٤٥) قوله: المقبوض على سوم الشراء إلخ. أطلق **الضمان** وهو مقيد بما إذا سمى الثمن كما سيأتي أواخر هذا الكتاب على ما عليه الفتوى، لكن قال الطرسوسي: إنه لا بد من ذكر الثمن من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده. وقد فرق المصنف في شرح الكنز عن المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على وجه النظر وقال: إن ما نقله الطرسوسي عن القنية إنما هو حكم الأخذ على وجه النظر، وما أخذ على وجه النظر أمانة وإن المقبوض على سوم الشراء بعد بيان الثمن مضمون ولو كان ذلك من جانب البائع وحده (انتهى) . وتعقبه بعض معاصريه من مشايخنا بأن ما ذكره الطرسوسي ليس بخطأ بل لم يدر مراده فحمله على الخطأ، وذلك أنه أراد أنه لا بد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما، أما الأول فظاهر وأما الثاني فبأن يسمي أحدهما، ويصدر من." (١)

"يصح، فأورد أن أئمة بخارى جوزوا بيع خطوط الأئمة ففرق بينهما بأن مال الوقف قائم ثمة. ولا كذلك هنا. كذا في القنية

٩٢ - بيع المعدوم باطل إلا فيما يستجره الإنسان من البقال، إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها فإنها جائزة استحسانا، كذا في القنية

٩٣ - من باع أو اشترى أو أجر. ٩٤ - ملك الإقالة إلا في مسائل، اشترى الوصي من مديون الميت دارا بعشرين وقيمتها خمسون لم تصح الإقالة. اشترى المأذون غلاما بألف وقيمته ثلاثة لم تصح ولا يملكان الرد بالعيب ويملكانه بخيار شرط أو رؤية

ـــــــانتهى) .

ولم يذكر المصنف - رحمه الله - حكم ما لو باعه واشتراه الفضولي من نفسه، وهي معروفة إذ قد تقرر أن الواحد لا يتولى الطرفين في البيع إلا الأب. قال بعض الفضلاء: وزدت مسألتين على ما ذكره المصنف الأولى بيع الفضولي مال الصغير، الثانية بيع الفضولي مال المجنون، وهما في الحاوي القدسي

(٩٢) قوله: بيع المعدوم باطل إلا فيما يستجره إلخ. قيل عليه: هذا بيع معدوم صورة وفي الحقيقة تضمين

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٧٢/٢

ما أتلفه بغير عقد شرعي (انتهى) وقال بعض الفضلاء: ليس هذا بيع معدوم إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهيلا للأمر ودفعا للحرج كما هو العادة (انتهى) . وفيه أن **الضمان** بالإذن مما لا يعرف في كلام الفقهاء. وفي النهر جعله من قبيل البيع بالتعاطي.

(٩٣) قوله: من باع أو اشترى. أي لنفسه.

(٩٤) قوله: ملك الإقالة إلا في مسائل. يزاد عليها مسألتان ذكرهما المصنف – رحمه الله – في كتاب الوقف. الأولى إذا كان العاقد ناظرا قبله، الثانية إذا كان الناظر تعجل **الأجرة**.." [(١)]

"ويضمنها، ٤٩ – ولو ليزين بها جازت إن وقت. ٥٠ –

ولا تجوز إجارة الشجر والكرم بأجر على أن يكون الثمر له، ٥١ – وكذا ألبان الغنم وصوفها، ولو استأجر الشجر مطلقا قال خواهر زاده: لقائل أن يقول بالجواز وينصرف إلى شد الثياب عليها أو الدابة، وبعدمه لأن المنفعة المقصودة منها الثمرة.

ـــــــــQثم أجرها إجارة صحيحة؛ والذي قدمه المصنف هو الراجح: قال في المضمرات: استأجر دارا إجارة فاسدة وقبضها ثم أجرها من غيره إجارة صحيحة جاز هو الصحيح وللأول أن ينقض **الإجارة** الثانية ويأخذ الدار لأنه لو باع بيعا فاسدا ثم المشتري أجره فله أن ينقض **الإجارة**.

فكذا هذا بخلاف البيع لأن **الإجارة** تفسخ بالأعذار والبيع لا (انتهى) .

ومثله في البزازية والعمادية والخلاصة. (٤٨) قوله:

ويضمنها.

قيل يشكل على تصريحهم بأن العين في يد المستأجر أمانة وإن كانت **الإجارة** فاسدة (انتهى) .

يعني لأن فـ‍ساد العقود ملحق بصحيحها إذا اتصل به القبض أقول المراد بالفساد في كلام المصنف البطلان لأن **الإجارة** هنا وقعت على استهلاك العين وإنما وجب **الضمان** لأن **الإجارة** لما لم تصادف محلها لأن محلها المنفعة لا العين؛ بقي مجرد الإذن بالانتفاع من حيث التصرف ليرد عليه مثله وهذا تفسير القرض فيصير قرضا كما في الولوالجية وحينئذ لا يرد ما قيل. (٤٩) قوله:

ولو ليزين بها جازت إن وقت. أقول: وبين **الأجر** كما في الولوالجية. (٥٠) قوله: ولا تجوز إجارة الشجر والكلام إلخ.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢/٢٨٥

لأنها عقدت على استحقاق العين كما في الولوالجية. (٥١) قوله:

وكذا ألبان الغنم وصوفها.

يعني لو استأجر غنما على أن يكون له ألبانها وصوفها.." [١]

"أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي ٨٣ - والقصار على الاختلاف في المشترك ٨٤ - ومحله عند عدم اشتراط **الضمان** عليه، وأما معه ٨٥ - فيضمن اتفاقا

ـــــــQقوله:

أجير القصار أمين لا يضمن إلا بالتعدي.

يعني إذا. سلم الرجل ثوبا إلى القصار بأجر مسمى فدفعه إلى أجيره فدقه فتخرق **فالضمان** على القصار دون الأجير لأن أجير القصار أجير واحد لأنه يستحق **الأجر** بتسليم نفسه في المدة وأجير الواحد لا يضمن ما جنت يده إلا أن يخالف وإنما كان **الضمان** على القصار لأن عمل الأجير منقول إليه لأنه عمل بإذنه كذا في الولوالجية. (٨٣) قوله:

والقصار على الاختلاف في المشترك. أي على الاختلاف الواقع بين الإمام وصاحبيه في زمان الأجير المشترك وعدمه فعند الإمام لا يضمن العين إذا هلكت في يده؛ وقالا يضمن إلا بشيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكن العمل بدونه فإذا هلك بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمن كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب.

وللإمام أن العين في يده أمانة لأن القبض حصل بالإذن والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقبله شيء من **الأجر** بخلاف الوديعة **بالأجر** لأن الحفظ مستحق فيها مقصودا **بالأجر**.

كذا في الهداية واعلم أنه يجب عليه **الضمان** فيما تلف بفعله عند علمائنا الثلاثة كما إذا تخرق الثوب من دق القصار. (٨٤) قوله:

ومحله عند عدم اشتراط **الضمان** عليه.

أقول هذا قول والراجح المفتى به أنه لا أثر لاشتراط **الضمان** فلا ضمان على الأجير المشترك فيما تلف إلا بصنعه في قول الإمام شرط عليه **الضمان** أو لا وعليه الفتوى كما في الخلاصة. (٨٥) قوله:

فيضمن اتفاقا.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١٢٣/٣

قال المقري: ما ذكره المصنف قول مرجوح والراجح المفتى به عدم الضمان مراده بالاتفاق الاتفاق بين الإمام وصاحبيه وإلا ففي فصول العمادية وغيره في الثاني والثلاثين بعد نقل هذا الكلام: وقال الفقيه أبو جعفر الشرط وغير الشرط سواء لأن اشتراط الضمان على الأمين باطل وبه نأخذ." (١)

"والمودع ١٩ – ومستعير الرهن، وهي في الفصول إلا الأخيرة فهي في المبسوط.

الوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤجر ولا ترهن. ٢٠ –

والمستأجر يؤجر ويعار ولا يرهن

ـــــــقوله: والمودع. يعني تبرأ بالعود إلى الوفاق وذلك لأنه مأمور بالحفظ في كل الأوقات فإذا خالف في البعض ثم رجع عاد إلى الحفظ فصار كما لو استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي استحق الأجر بقدره.

وإطلاق المصنف مقيد بأن لا يعزم على العود إلى التعدي حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه أن يلبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان كما في البحر عن الظهيرية.

ولم يذكر المصنف حكم دعواه العود هل يكتفي بمجرد دعواه العود وإن لم يصدق صاحب الوديعة وهو مذكور في العمادية وعبارتها: ولو أقر المودع أنه استعملها ثم ردها إلى مكانها فهلكت لا يصدق إلا ببينة فالحاصل أن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق إنما يبرأ عن الضمان إذا صدقه المالك في العود فإن كذبه لا يبرأ إلا أن يقيم البينة على العود إلى الوفاق ورأيت في مواضع أخرى المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق فكذبه المودع فالقول قول المودع كما في الرهن بخلاف ما إذا جحد الوديعة أو منعها ثم اعترف فإنه لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك. (١٩) قوله: ومستعير الرهن.

أقول كما إذا استعار عبدا ليرهنه أو دابة ليركبها فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنها ثم رهنها بمال بمثل القيمة ثم قضي المال ولم يقبضها حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنها فإذا كان أمينا خالف فقد عاد إلى الوفاق وإن كان مستعير الرهن كالمودع لأن تسليمها إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ عن الضمان، كذا في البحر معزيا إلى المبسوط.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/١٣٣

(٢٠) قوله: والمستأجر يؤجر ويعار إلخ. أطلقه وهو مقيد بما لا يختلف الناس في الانتفاع به.
قال البزازي: إعارة المستأجر تجوز إلا في شيئين استأجرها ليركبها." [(١)]

"إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى بعد موت الموكل أنه قبضه ودفعه في حياته لم تقبل إلا ببينة، بخلاف الوكيل بقيض العين.

والفرق في الولوالجية

ــــــــذلك بأن لا يكون الناظر معروفا بالجناية كأكثر نظار زماننا بل يجب أن لا يفتوا بهذه المسائل قاتلهم الله – تعالى – ما ألعنهم (انتهى) .

وقال بعض الفضلاء التقييد بالموقوف عليهم ربما يفيد أنه إذا ادعى دفع ما هو **كالأجرة** مثل معلوم الفراش والمؤذن والبواب وغيرهم من أرباب الجهات لا يقبل قوله إلا ببينة، وبه أفتى شيخ الإسلام أبو السعود وصورة السؤال: هل إذا ادعى المتولي دفع غلة الوقف إلى من يستحقها شرعا يقبل قوله في ذلك أم لا؟ الجواب إن ادعى الدفع إلى من عينه الواقف في الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبل قوله، وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما لا يقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء في الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم **الأجرة** له فإنه لا يقبل قوله (انتهى) .

قال بعض الفضلاء، وهو تفصيل حسن خصوصا في زماننا

(٣٤) قوله: إلا في الوكيل بقبض الدين إذا ادعى إلخ.

كذا في النسخ والصواب إلا الوكيل بإسقاط أداة الظرفية؛ قيل على ما تحرر أنه يقبل قول الوكيل المذكور في حق نفي **الضمان** عن نفسه لا في حق إيجاب **الضمان** على غيره فلا يحتاج إلى استثناء هذه المسألة من الكلية إلا أن يقال: استثناؤها بالاعتبار الثاني.

وقد وهم في هذه المسألة كثيرون وزلت فيها أقدام وانعكست فيها أفهام وكثر فيما بينهم الخصام فأقول: تحرير هذه المسألة أن الوكيل إذا ادعى القبض والدفع لا يخلو إما أن تصدقه الورثة فيهما أو تكذبه فيهما أو تصدقه في القبض وتكذبه في الدفع، واعلم أولا أن الوكيل بقبض الدين يصير مودعا بعد قبضه فيجري عليه أحكام المودع، وأن من أخبر بشيء يملك استئنافه يقبل قوله، وما لا فلا.

وأن الوكيل ينعزل بموت الموكل، وأن من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب **الضمان** على

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/١٥٠

الغير لا، وإذا علمت ذلك فاعلم أنه متى ثبت قبض الوكيل من الدين ببينة أو تصديق الورثة له فيه فالقول قوله في الدفع بيمينه لأنه مودع بعد القبض، ولو كذبه الورثة في الدفع لأنهم بتصديقهم له في القبض صاروا." (١)

"وفيما إذا استعار أرضا للزراعة وزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصده ولو لم يوقت وتترك بأجر المثل

٥٢ - مؤنة رد العارية على المستعير

ـــــــقوله: وفيما إذا استعار أرضا للزراعة إلى قوله وتترك المسألة في الخانية وعبارتها: ولو أن رجلا أعار أرضا ليزرعها وقت لذلك وقتا أو لم يوقت، فلما تقارب الحصاد أراد أن يرجع المستعير كان له ذلك وفي الاستحسان لا يكون له ذلك حتى يحصد الزرع؛ لأن المستعير لم يكن مبطلا في الزراعة فتترك الأرض في يده إلى الحصاد بالإجارة وتصير الإعارة إجارة (انتهى) .

ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الإيجاز البالغ حد الإلغاز

(٥٢) قوله: مؤنة رد العارية على المستعير.

لأنه قبضها لمنفعة نفسه فيجب عليه ردها، وكذا مؤنة رد المغصوب على الغاصب؛ لأنه عامل لنفسه في القبض، ومنفعة الرد حاصلة له لبراءته بذلك عن **الضمان**، ولا ولاية له على المالك في إيجاب ذلك عليه، وكذا مؤنة رد الرهن على الراهن؛ لأن عينه أمانة في يد المرتهن، ولهذا كان نفقته وكفنه على الراهن والمضمون عليه إنما هي المالية والرد تصرف في العين لا في المالية.

ومنفعة القبض وإن عادت على الراهن والمرتهن جميعا باعتبار قضاء الدين وحصول التوثقة لكن ترجح جانب الراهن بحكم الملك.

هكذا ذكر في التحرير.

وذكر في الوجيز أنه على المرتهن ويحتاج إلى التوفيق بين الموضعين وهذا بخلاف المودع والمستأجر حيث تكون مؤنة الرد على المالك أما المودع فلأن منفعة قبضه وهي الحفظ حاصلة للمالك وأما المستأجر فلأن منفعة قبضه وإن كانت حاصلة له صورة فهي حاصلة للمؤجر معنى، حيث يتأكد حقه وهو **الأجر** ذلك فعند التعارض يترجح جانب الآخر بوجهين أن حقه في العين وهي **الأجرة** وحق المستأجر في المنفعة واعتبار العين أولى لما عرف والثاني الترجيح بحكم الملك، كما إذا ماتت دابة رجل في دار غيره فإن مؤنة

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/١٥٥

إخراجها على المالك مع أن المنفعة تحصل لصاحب الدار بتنزيه داره، فإذا اعتبرنا الملك مع عدم حصول المنفعة ثمة فلأن نعتبره مع حصول المنفعة وهي **الأجرة** أولى ومؤنة رد العبد الموصى بخدمته بعد مضي مدة الخدمة لا رواية فيه ويجب أن يكون على الموصى له." (١)

"ولو قضى المودع بها دين المودع ضمن على الصحيح

٥٩ - ولا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

ادعى المودع دفعها إلى مأذون مالكها، وكذباه ٦٠ - فالقول له في براءته.

٦١ - لا في وجوب **الضمان** عليه.

المأذون له بالدفع إذا ادعاه وكذباه، فإن كانت أمانة فالقول له، وإن كان مضمونا كالغصب والدين لا.

كما في فتاوى قارئ الهداية.

٦٢ - ومن الثاني ما إذا أذن المؤجر للمستأجر بالتعمير من **الأجرة** ٦٣ - فلا بد من البيان وهي في أحكام العمارة من العمادي

٦٤ - استأجر بعيرا إلى مكة فهو على الذهاب دون المجيء، ولو استعار بعيرا فهو عليهما كذا في إجارة الولوالجية وفي وكالة البزازية.

المستطيع لا يملك الإبضاع والإيداع،

ـــــــقوله: ولو قضى المودع بها دين المودع.

يعني والدين من جنس الوديعة كما في جامع الفصولين

(٥٩) قوله: ولا يبرأ مديون الميت بدفع الدين إلى الوارث وعلى الميت دين.

أقول: ظاهره سواء كان الدين مستغرقا لما دفعه أو لا، سواء كان الوارث مؤتمنا أو لا، والظاهر أن يقيد عدم البراءة بما إذا كان الدين مستغرقا لما دفعه الوارث غير مؤتمن كما قيد بهما في المودع إذا دفع الوديعة للوارث.

(٦٠) قوله: فالقول له في براءته بيمينه في حق براءة نفسه.

(٦١) قوله: إلا في وجوب **الضمان** عليه.

أي على المأذون.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١٦٢/٣

(٦٢) قوله: ومن الثاني، وهو ما كان مضمونا لكونه دينا.

(٦٣) قوله: فلا بد من البيان، وجهه أنه يدعي وفاء الدين الذي عليه بذلك فلا يقبل منه ذلك

(٦٤) قوله: استأجر بعيرا إلى مكة فهو على الذهاب إلى قوله كذا في إجارة." [(١)]

"إلا إذا سكن بتأويل ملك أو عقد ٣٥ – كبيت سكنه أحد الشريكين في الملك

ـــــــــQالقنية لم تكن الدار معدة للاستغلال إلا إذا بناها لذلك أو اشتراها له كذا أورده أبو اليسر.

(٣٤) قوله: إلا إذا سكن بتأويل ملك أو عقد.

أقول مثل السكنى بتأويل ملك وسيأتي التمثيل للسكنى بتأويل عقد بعد نحو سبعة أسطر ويدخل في تأويل الملك ما لو باع المتولي دار الوقف، وسكن المشتري ثم عزل القاضي المتولي ونصب غيره فخاصم المشتري إلى القاضي واسترد الدار منه فلا أجر على المشتري.

والذي صححه في العمدة وجوب **الأجر** عليه؛ وتكون هذه المسألة مستثناة من كلام المؤلف.

قال الشيخ قاسم في حاشية شرح المجمع نقلا عن المحيط: الفتوى في غصب الدار والعقار الموقوفة **الضمان** نظرا للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف **بالضمان** نظرا للوقف وهذا أولى مما صححه في العمدة (انتهى) .

وفي الثالث والثلاثين من ج امع الفصولين شرى دارا ثم ظهر أنها وقف أو للصغير فعليه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير (انتهى) .

وفي البزازية في مسألة اليتيم زيادة وفي القنية سكن دار الوقف سنين يزعم الملك ثم استحقت للوقف بالبينة العادلة لا يجب عليه أجر ما مضى (انتهى) .

وهو مبني على تصحيح العمدة وقال في القنية في موضع آخر: ادعى القيم منزلا وقفا في يد رجل فجحد فأقام عليه البينة وحكم بالوقفية لا يجب عليه أجر ما مضى، فأما إذا أقر وكان متعنتا في الإنكار وجبت **الأجرة** (انتهى) .

وفي الاختيار شرح المختار: باع المتولي منزل الوقف فسكنه المشتري ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر المثل (انتهى) .

وهو مبني على تصحيح المحيط وهو الذي ينبغي اعتماده.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ١٦٤/٣

(٣٥) قوله: كبيت سكنه أحد الشريكين في الملك.

يجب أن يعلم أن الدار المشتركة في حق السكنى وما كان من توابعها تجعل كالمملوكة لكل واحد من الشريكين على سبيل الكمال إذ لو لم تجعل كذلك منع كل واحد من الدخول والقعود ووضع الأمتعة فتتعطل عليه منافع ملكه، وإنه لا يجوز وإنما جعلناها هكذا صار الحاضر ساكنا في ملك نفسه فكيف يجب؟ كذا في العمادية قال بعض الفضلاء: شمل." (١)

"قال للغاصب ضح بها فإن هلكت قبل التضحية ضمنها وإن بعده لا.

الأجر قيمي وكذا في الفحم.

٤٧ – أمره أن ينظر إلى خابيته، فنظر إليها فسال الدم فيها من أنفه ضمن نقصان الخل.

ـــــــQمعين المفتي وكذا كل مكيل وموزون يشرف على الهلاك مضمون بقيمته في ذلك الوقت كسفينة أخذت في الغرق وألقى الملاح ما فيها من المكيل والموزون في الماء يضمن قيمتها

(٤٦) قوله: قال للغاصب ضح بها إلخ.

قال بعض الفضلاء: هل **الضمان** مبني على أن قوله ضح بها لا يستلزم خروج يده عن **الضمان** إلى الأمانة أو على تقصيره بعدم التضحية في أيامها بعد انقلاب يده إلى الأمانة محل نظر.

وقوله: وإن بعده لا كان مراده هلاكها بعد مضي أيام التضحية (انتهى) .

أقول المسألة في العمادية فيما يبرأ به الغاصب من الثاني والثلاثين وعبارتها: ولو أمر المالك الغاصب أن يضحي بالشاة المغصوبة فقبل التضحية لا يخرج عن ضمان الغصب (انتهى) .

وهو صريح في أن يده قبل التضحية لم تنقلب يد أمانة حتى يكون ضمانه بالتقصير

(٤٧) قوله: أمره أن ينظر إلى خابيته إلخ.

في القنية: أمر غيره أن ينظر إلى خابيته هل صار خلا فنظر فسال فيها من أنفه دم وقد صار خلا يضمن نقصان ما بين طهارته ونجاسته.

وعن أبي بكر العياض سال دم من مشتري الخل في خابيته إن نظر فيه بإذن مالكه لا يضمن وإلا فيضمن فصارت المسألة خلافية (انتهى) .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٢١٦

وفي البزازية: نظر إلى دهن غيره، وهو مائع حين أراد الشراء فوقع من أنفه دم وتنجس إن كان بأذنه لا يضمن وإلا يضمن ثم إن كان الدهن غير مأكول يضمن النقصان، وإن كان مأكولا ضمن مثل ذلك القدر والوزن (انتهى) .

وهو يفيد أن في مسألتنا يضمن مثل ذلك الخل.

بقي أن يقال: ما وجه ضمان النقصان على القول به والدهن والخل إذا تنجسا لا يحل أكلهما فالجواب أن عدم حل الأكل لا يستلزم عدم حل الانتفاع بكل منهما وليس من ضرورة النجاسة حرمة الانتفاع به ألا ترى أن الزيت إذا خالطه ودك الميتة، والزيت غالب أنه لا يؤكل والانتفاع به حلال فكذلك ههنا كذا يستفاد من البيانية في كتاب الكراهية." (١)

"**الآجر**، إذا رهن العين عند المستأجر على دين له صح وانفسخت.

٦ - أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار فأكلها لم يضمن،

ـــــــالحكم مفرع على عدم جواز الراهن البناء بدون الأرض وليس كذلك لما علمت.

قال في البزازية: أجر المرتهن الرهن منها مبني بلا إجازة الراهن فالغلة للمرتهن ويتصدق بها عند الإمام ومحمد كالغاصب يتصدق بالغلة أو يردها على المالك وإن أجر بأمر الراهن بطل الرهن **والأجر** للراهن (انتهى) ومنه يعلم ما في كلام المصنف من الخلل

(٥) قوله: **الآجر** إذا رهن العين إلخ.

قال بعض الفضلاء: ظاهر كلامه أن الإجارة تنفسخ بمجرد عقد الرهن وليس كذلك بل لا بد من القبض كما في القنية وأما عكسه وهو ما إذا أجر الراهن الرهن من المرتهن فينفسخ بمجرد عقد الإجارة، ولا يحتاج إلى تجديد قبض كما يفيده صريح كلام البزازية حيث قال: استأجر المرتهن الأرض المرهونة بطل بخلاف الإجارة) انتهى) .

وهو ظاهر لقولهم: إن قبض المضمون بغيره وهو الرهن ينوب عن قبض الأمانة؛ والرهن مضمون بغيره والعين المؤجرة أمانة لكن في العمادية: إذا استأجر المرتهن المرهون من الراهن يصح ولا يصير مقبوضا بمجرد العقد ما لم يجدد القبض للإجارة حتى لو هلك قبل أن يجدد قبض الإجارة يهلك هلاك الرهن (انتهى) .

وهذا مشكل؛ لأنه قرر فيها أن قبض المضمون بغيره ينوب عن قبض غير المضمون ولا ينوب عن قبض

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٢٢١

المضمون والمضمون بغيره الرهن لا يقال في هذا الفرع إشكال من وجه آخر وهو أن الشيء لا يرتفع بما دونه وقد ارتفع بما دونه وهو الإجارة؛ لأنا نقول: عقد الإجارة أقوى من عقد الرهن؛ لأن عقد الإجارة لازم من الجانبين وعقد الرهن لازم من أحد الجانبين وإن قلنا: إن عقد الرهن أقوى من حيث تعلق **الضمان** بهلاك الرهن دون أمين المؤجرة فنقول بأن عقد الرهن إنما بطل بمباشرة المرتهن عقد الرهن فكان هذا منه فسخا للرهن. والرهن ارتفع بالإجارة والمرتهن ينفرد بفسخ؛ لأن الرهن دون الراهن حتى لو رده، وقال: فسخت الرهن، ولم يرض الراهن وهلك لا يسقط شيء من الدين كما في القنية وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب

(٦) قوله: أباح الراهن للمرتهن أكل الثمار فأكلها لم يضمن.

يعني لعدم تعديه." (١)

"والحاصل أن الوصي يقبل قوله فيما يدعيه إلا في مسائل: الأولى: ادعى قضاء دين الميت.

الثانية: ادعى أن اليتيم استهلك مال آخر فدفع ضمانه.

١٧ - الثالثة: ادعى أنه أدى جعل عبده الآبق من غير إجارة.

الرابعة: ادعى أنه أدى خراج أرضه في وقت لا تصلح للزراعة.

الخامسة: ادعى الإنفاق على محرم اليتيم.

السادسة: ادعى أنه أذن لليتيم في الإجارة، وأنه ركبته ديون فقضاها

ـــــــبما إذا ادعى الدفع للموقوف عليهم بأن وقف غلة ضيعته مثلا على أولاده وذريته فقبض الناظر الغلة وادعى تقسيم ذلك عليهم ودفعه لهم، أما إذا ادعى دفع وظيفة الإمام أو الخطيب فلا بد من البينة؛ لأنها كأجرة، وهو لو ادعى دفع أجرة أجير استأجره للوقف لا تقبل إلا ببينة هكذا يعطيه كلامه على صورة استفتاء رفع إليه وقد قرأته من خطه ولا يخفى ظهور مدركه ولكن ظاهر إطلاق المشايخ يخالفه فليتأمل كذا بخط الشيخ محمد الغزي صاحب كتاب تنوير الأبصار.

قال بعض الفضلاء: الجواب عما تمسك به العلامة أبو السعود العمادي أنها ليس لها حكم الإجارة من كل وجه بل فيها شوب **الأجرة**، وشوب الصلة، وشوب الصدقة ويلزم على ما أفتى به **الضمان** في الوقف؛ لأنه عامل له، والمال في يده أمانة، وقد ادعى إيصالها إلى مستحقها، ويلزم أيضا أنه لا يقبل قوله في نحو

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٢٤٣

الخطيب والإمام في أنه أدى وظيفته؛ والمصرح به خلافه أيضا، وقد تقرر أن جواز ذلك للضرورة بتوالي الناس في الأمور الدينية، وما ثبت للضرورة تتقدر بقدرها، وهو حل التناول، وجواز الأخذ لا في جميع الأحكام.

(١٦) قوله: والحاصل أن الوصي يقبل قوله إلخ.

قال بعض الفضلاء: لو ادعى يتيم بعد بلوغه أن بيع عقاره بغير مسوغ فادعى المدعى عليه المسوغ فالقول قول اليتيم وعلى المدعى عليه البينة؛ لأن اليتيم ينكر خروجه عن ملكه؛ إذ بيعه، والحالة هذه عندنا باطل كما صرح به في التتارخانية ولا فرق عندنا بين أن يكون البائع أبا أو جدا أو وصيا من جانب الأب أو القاضي، ولم أر من صرح بذلك وإن علم من كلامهم.

(١٧) قوله: الثالثة ادعى أنه أدى جعل عبده الآبق إلخ.

أقول: هذا قول محمد – رحمه الله –." (١)

"لما إذا خالف المستأجر المؤجر إلى شرط بأن حمل أكثر من المشروط فإنه لا يجب أجر ما زاد؛ لأن **الضمان والأجر** لا يجتمعان. ومنها: إذا فسدت المساقاة والمزارعة كان للعامل أجر مثله. ومنها: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع، فإنه يترك بأجر المثل إلى أن يستحصده. ومنها: إذا فسدت المضاربة فللعامل أجر مثله إلا في مسألة ذكرناها في الفوائد.

ومنها: عامل الزكاة يستحق أجر مثل عمله بقدر ما يكفيه ويكفي أعوانه. وفائدته أن المأخوذ أجره أنه لو لم يعمل؛ بأن حمل أرباب الأموال أموالهم إلى الإمام، فلا أجر له.

ومنها: الناظر على الوقف، إذا لم يشترط له الواقف، فله أجر مثل عمله حتى لو كان الوقف طاحونة يستغلها الموقف عليهم؛ فلا أجر له فيها كما في الخانية. وهذا إذا عين القاضي له أجرا. فإن لم يعين له وسعى فيه سنة فلا شيء له، كذا في القنية ثم ذكر بعده أنه يستحق وإن لم يشترط له القاضي، ولا يجتمع له أجر النظر والعمالة لو عمل مع العملة (انتهى) . ومنها: الوصي إذا نصبه القاضي وعين له أجرا بقدر أجرة مثله جاز.

٢ – وأما وصي الميت فلا أجر له على الصحيح كما في القنية. ومنها: القسام لو لم يستأجر بمعين فإنه يستحق أجر المثل. ومنها:

ـــــــقوله: وأما وصي الميت فلا أجر له على الصحيح.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣/٢٦٣

قيل: ذكر في الخانية والبزازية وكثير من الكتب أنه يستحقه فيكون هذا الصحيح خلاف الصحيح؛ لأن الاستحسان هو المأخوذ به وأنت على علم بأن نقل القنية لا يعارض نقل قاضي خان.." (١)

"٥ – إذا ظهرت مستحقة.

٦ – أي مودع لم يخالف وضمن؟

٧ – فقل إذا أمره بدفعها إلى بعض ورثته فدفعها إليه بعد موته.

ــــــــه (٥) قوله: إذا ظهرت مستحقة. أي الوديعة المفهومة عن لفظ المودع وإنما كانت الوديعة هنا مضمونة بالهلاك لأنه ظهر **بالأجرة** أن يد المودع يد غصب لا يد حفظ.

(٦) قوله: أي مودع لم يخالف إلخ. يقال عليه ما قيل في الذي قبله.

(٧) قوله: فقل إذا أمره بدفعها إلى بعض ورثته. أقول وجه **الضمان** أن الوديعة بعد موته تصير موروثة لجميع الورثة فليس له أن يدفعها إلى بعضهم وإن أمره بذلك المودع.." (٢)

"**الضمان** في ذمة الوكيل، والوكيل ينكر **الضمان** فالقول قوله، لأن الأصل براءة الذمة. أما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمين غير ممكنة، وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري، والموكل ينكر الانتقال فالقول قوله، لأن الانتقال من الأمور العارضة فالأصل عدمها.

(ز) ومنه: ما لو اشترى إنسان شيئا ثم جاء ليرده بعيب فيه مدعيا أنه كان موجودا فيه عند البائع، وقال البائع: لا بل حدث العيب عندك بعد القبض، وكان العيب مما يحدث مثله، فإن القول قول البائع والبينة على المشتري. أما لو كان العيب مما لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة في العبد، وكالخيف في الفرس – وهو أن تكون إحدى عينيه سوداء والأخرى زرقاء – فإن البائع يلزم به. (ر: الدر المختار، كتاب البيوع، باب خيار العيب) .

(ثالثا: المستثنى)

خرج عن هذه القاعدة مسائل: (أ) منها: ما لو ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها فيستحق كل **الأجرة**، وقال المستأجر: هلكت قبل تمام المدة بكذا أياما، فالقول للمستأجر بيمينه (ر: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر) وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٣/٤

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٠٧/٤

الحفظ من الأجرة، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلا، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر، وهو فراغ ذمة المستأجر، لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت، كما قدمناه عن الفتاوى الولوالجية، فكان القول قول المستأجر. ولأن إضافة الحادث، وهو الهلاك هنا، إلى أقرب الأوقات من قبيل الظاهر، والظاهر لا يكفي حجة للاستحقاق (ر: حاشية الحموي على الأشباه والنظائر، من القاعدة المذكورة، نقلا عن جامع الفصولين) .." (١)

"(القاعدة الرابعة والثمانون (المادة / ٨٥))

(" الخراج **بالضمان** ")

(أولا ــ الشرح)

" الخراج " الحاصل من الشيء إذا كان منفصلا عنه غير متولد منه، ككسب العبد، وسكنى الدار، وأجرة الدابة، " **بالضمان** " أي بمقابلة دخوله في ضمان من سلم له خراجه، فما لم يدخل في ضمانه لم يسلم له خراجه. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن. رواه الطبراني في الكبير عن حكيم بن حزام رضي الله تعالى عنه، ورمز السيوطي إلى حسنه.

وخراج الشيء: ما حصل منه، والذي يكون منه بمقابلة **الضمان** ما كان منفصلا غير متولد، كالكسب **والأجرة**، والهبة، والصدقة، فإنه يطيب لمن كان عليه **الضمان**.

فلو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله.

وكذلك لو كان آجره، فإن **الأجرة** تطيب له.

لكن اختلف في المبيع قبل القبض إذا حدثت الزيادة المنفصلة غير المتولدة، ثم رد بالعيب. فعند محمد هي للمشتري بلا ثمن، وعندهما: هي للبائع. واتفقوا على أنها لا تطيب لمن هي له. لأن طيبها إنما يكون

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/١٢٨

بالملك والضمان، وقبل القبض لم يجتمعا في أحدهما، بل الملك للمشتري، والضمان على البائع. حتى لو هلك المبيع، والحالة هذه، يهلك من ماله.." (١)

"(القاعدة الخامسة والثمانون (المادة / ٨٦))

(" الأجر والضمان لا يجتمعان ")

(أولا ــ الشرح)

" الأجر " أي بدل المنفعة " والضمان " وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه " لا يجتمعان " إذا اتحدت جهتهما، لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.
قيدنا بقولنا: " إذا اتحدت جهتهما " ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما، وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه، وكانت تطيق حمل الاثنين، فعطبت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان. ولو كانت لا تطيق حمل الاثنين ضمن كل قيمتها (ر: الدر المختار، من الإجارة) .
والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها، لأنه حينئذ يعد غاصبا للكل من الابتداء. كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بر مثلا، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت، فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله. وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصبا. وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص.." (٢)

"(ثانيا ــ التطبيق)

ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر، وذلك لأن التعدي الذي هو سبب الضمان

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٢٩

(٢) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣١

إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها، كما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معين فركبها إليه ثم جاوزه بمسافة لا يتسامح في مثلها، أو يكون التعدي بعد استيفاء بعضها، كما إذا استأجرها ليركبها إلى مكان معين فركبها قاصدا له ولكن في أثناء الطريق عرج إلى مكان آخر لا يتسامح في مثله عادة، أو استأجرها ليركبها إلى الكوفة مثلا ذاهبا وجائيا فجاوز بها الكوفة بمسافة لا يتسامح في مثلها ثم عاد إلى الكوفة، أو يكون التعدي قبل استيفاء شيء من المنفعة، كما إذا استأجرها ليركبها إلى مكان معين فركبها إلى غيره. وفي كلا الوجهين الأخيرين من الثلاثة إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أو لا. فهذه مع الوجه الأول صارت خمس صور، وفي كل من الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف، فتلك عشرة كاملة حاصلة من ضرب اثنين في خمسة، يجب **الأجر** في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة. ولكن عند استيفاء كلها يجب **الأجر**، وفي استيفاء بعضها بحسابه، ولا يجب **الأجر** لما بعد التعدي. وأما أجر ما استوفاه من المنفعة بعد التعدي وصيرورته ضامنا فإنه ساقط. ففي (الفصل الثالث والثلاثين) من جامع الفصولين ما لفظه: استأجره من الكوفة إلى البصرة ذاهبا وجائيا، فجاوز به البصرة وعاد سليما إلى الكوفة فعليه نصف **الأجر** المسمى عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذ غصب فلا يبرأ إلا بالرد. وبحث فيه صاحب جامع الفصولين بقوله: وقد مر أن من خالف ثم عاد يجب عليه كل **الأجر**. وبحثه هذا غير ناهض، لأن ما مر خلاف ما عليه الفتوى، والفتوى على أن المستأجر لا يبرأ بالعود إلى الوفاق، وإذا لم يبرأ فلا أجر عليه كما بعد التعدي، كما يعلم مما قدمناه تحت القاعدة الأولى. وما عزاه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف جزم به في نور العين والفتاوى الهندية، من غير حكاية خلاف. فقد قال في نور العين: " استأجرها إلى مكان ذاهبا وجائيا على أن يرجع." (١)

"في يومه، ورجع في الغد، فعليه نصف **الأجر** للذهاب لا للرجوع إذ خالف فيه " (انتهى) . ونقل في (الفصل السادس والعشرين من إجارات) الفتاوى الهندية، عن التتارخانية، عن جامع الفتاوى، عدم وجوب **الأجر** أصلا فيما إذا استأجر دابة إلى مكان معلوم، وخرج بها إلى ذلك المكان، ولكن بعد أن مكث كثيرا مقدار ما لا يمكث في انتظار القافلة، وقال: قد تقرر عليه **الضمان** فلا يرتفع بالخروج فلا يجب **الأجر**.

فظهر بهذا أنه لا يشترط لانتفاء **الأجر** **الضمان** بالفعل، فإنه قد يكون بالفعل وذلك فيما إذا هلكت العين

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣٢

المأجورة بعد التعدي، فإنه لا أجر عليه لما قبل التعدي ولا لما بعده. فقد قال في (الفصل الثالث والثلاثين) من جامع الفصولين: (من بحث إجارة الدواب، آخر صفحة / ١٦٤) ما لفظه: " استأجره قروي ليحمل عليه برا إلى المدينة ففعل ووضع عليه في الرجوع إلى بيته قفيز ملح بلا إذن فمرض فمات ضمن لغصبه ولا أجر، إذ لا يجتمعان " ثم قال: " لو سلم الحمار فله أجر ما سمى فقط، إذ لا أجر للغصب " (انتهى) .

وقد تكون الحالة حالة تعد تجعل صاحبها بمعرض **الضمان**، وذلك فيما إذا سلمت العين بعد التعدي، فإنه لا أجر عليه لما بعد التعدي، وإن انتفع بالفعل أو تمكن من الانتفاع، لأنه غاصب وبمعرض **الضمان**.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر حمارا لحمل متاعه في طريق معين فحمله في طريق آخر مخوف، أو ليحمله على دابة معينة فحمله في البحر فتلف فإنه يضمنه، وإن أوصله سليما وجب كل **الأجر** (ر: الفصل السابع والعشرين من إجارات الفتاوى الهندية، نقلا عن التمرتاشي) .

ولا يرد هذا على ما تقدم، لأن المعقود عليه هنا إيصال المستأجر (بفتح الجيم) مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل. ولكن مع المخالفة في كيفية الإيصال المشروطة، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود، بخلاف ما تقدم فإن العقد فيه ليس واردا على الحمل والإيصال، بل على منفعة دابة معينة ليعمل عليه المستأجر (بالكسر) . والفرق ظاهر للمتأمل.." [١]

"وقد رسمت ها هنا جدولا حاويا للمسائل العشر وأحكامها سهل المتناول لمن أراد. وهذا هو:

تعدى ولم ينتفع مطلقا تعدى ثم انتفع انتفع ثم تعدى استوفى المنفعة كلها وتعدى في أثنائها استوفى بعض المنفعة ثم تعدى ولم ينتفع بعد ذلك سلمت في معرض **الضمان** فلا أجر عليه في معرض **الضمان** ولا أجر عليه يجب **الأجر** كله يجب **الأجر** لما قبل التعدي فقط يجب **الأجر** لما قبل التعدي بحسابه فقط تلفت ضامن بالفعل ولا أجر عليه ضامن ولا أجر عليه يضمن قيمتها ولا أجر يضمن قيمتها ولا أجر عليه يضمن قيمتها ولا أجر

(تنبيه:)

جاء في الذخيرة (من الإجارة، صفحة ٤٤٩) ما لفظه: استأجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، فصار كلما عاد يحمل عليه اللبن، فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل **الأجر**، ولا مانع من وجوب **الأجر** مع المخالفة. انتهى.

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣٣

واستشهد له بفروع وقع التعدي فيها بعد استيفاء المنفعة، فإن ما ذكره منقولا فهو محمول على القول السابق لما عليه الفتوى، وهو أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق بعد التعدي يبرأ عن **الضمان**، والفتوى على خلافه كما قدمناه، وإن كان قياسا منه رحمه الله تعالى فهو قياس مع الفارق.

(تنبيه آخر:)

كما لا يجتمع أجر وضمان لا يجتمع العشر والخراج، ولا القصاص مع الدية، ولا متعة واجبة مع المهر، ولا القتل مع الوصية أو الميراث، ولا الميراث مع الوصية فيمن يرد عليه، ولا **الأجر** مع الشركة في العين، ولا الحد مع اللعان، ولا أجرة الرضاع مع النكاح، ولا الحد مع ثبوت النسب.." (١)

"(تنبيه آخر:)

ذكرنا سابقا فيما إذا استأجر الدابة لحمل مخاتيم بر معينة فزاد عليها وكانت الدابة لا تطيق حمل الزيادة أنه يضمن جميع القيمة، ولا يجب عليه **الأجر**. والحكم على الوجه المذكور مسلم وموافق للمنقول في كتب المذهب.

ففي الفتاوى الخانية (من الإجارة) ما لفظه: لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها خمسة عشر مختوما من الحنطة وجاء بالحمار سليما فهلك قبل أن يرده إلى صاحبه، إن كان يعلم أن الحمار يطيق ذلك كان عليه ثلث القيمة وكمال **الأجر** المسمى، وإن كان لا يطيق يضمن جميع القيمة ولا يجب **الأجر**. انتهى. ونقله أيضا عن الفتاوى الخانية في (السابع والعشرين من إجارات) الفتاوى الهندية، وكذا نقله في الفتاوى الأنقروية. وكذا يستفاد الحكم المذكور من مبسوط السرخسي (من باب إجارة الدواب ج / ١٥ ص / ١٧٢) مع مراجعة ما ذكره في العارية (ج / ١١ ص / ١٢٨) من المبسوط المذكور. وما بعد النقل إلا الرجوع إليه.

وأما ما ذكره بعض العصريين في مؤلف له من تضمين المستأجر كل القيمة وإيجاب كل **الأجر** في صورة عدم إطاقة الدابة للزيادة فلم يوجد إلا في كلام صاحب التنوير (من باب ما لا يجوز في الإجارة وما يكون خلافا فيها) وعزاه في شرحه منح الغفار إلى غاية البيان للإتقاني، وتابعه في هذا العزو صاحب الدر، وأفاد أن مأخذ التنوير للحكم المذكور المعزي للغاية هو من البحر، وتابع صاحب التنوير على هذا الحكم العلامة الخادمي في حاشيته على الدرر وعزاه إليه وسكت عنه محشو الدر أيضا كلهم.

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣٤

وهو مشكل ﴿إذ فيه إيجاب ضمان كل القيمة وإيجاب كل **الأجر** في صورة عدم إطاقة الدابة للحمل والزيادة، وفي هذه الصورة يكون قد حصل التعدي من الابتداء واعتبر المستأجر بتحميلها ذلك وهي غير مطيقة غاصبا ضامنا من حين التحميل، فكيف يجمع عليه **الأجر** **والضمان** في آن واحد والجهة متحدة، وهما لا يجتمعان؟﴾ .

وبعد تتبع ما عندي من الكتب الفقهية بالقدر الممكن لم أر لما ذكره." (١)

"عينه له المودع، أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير أو سمسم، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة فلا ضمان عليه في شيء من ذلك (ر: المواد / ٦٠٥، ٧٨٤، ٩٢٤ من المجلة والمرآة) .

وكذا لو أخذ الوكيل بالبيع رهنا بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (ر: المادة / ١٥٠٠ وشرحها من المرآة) .

وكذا لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل **الأجرة** فهلكت في يده لا يضمن العين وسقط **الأجر** لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

وكذا لو فسخت **الإجارة** فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من **الأجرة** فهلكت العين في يده لا يضمن ولا يسقط ما عجله (ر: التنوير من **الإجارة**) .

وكذا لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها، ثم طلبها ربها فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه لا يضمن ولا تسقط النفقة على المعتمد، وذلك لأن كل ما ذكر من الأعمال جائز، والجواز الشرعي ينافي **الضمان**.

وأما إذا كان الأمر المباح تركا فكما إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فعل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن. أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده، أو أخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إلى آخر، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده فإنه لا ضمان عليهم، لأن امتناع من ذكر جائز، والجواز ينافي **الضمان**.

ثم إنما شرطنا لعدم **الضمان** أن لا يكون الفعل الجائز مقيدا بشرط السلامة، وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه، ليخرج ما لو تلف بمروره بالطريق العام شيء، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئا

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣٥

بيدها أو فمها، وهو راكبها أو سائقها أو قائدها، فيضمن. لأن مروره ذلك وإن كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة (ر: المادة / ٩٢٦، ٩٢٣، ٩٣٣ من المجلة) .." (١)

"وليخرج المضطر لأكل طعام الغير فإنه يضمن قيمته (ر: ما تقدم في المادة / ٣٣) . وليخرج ما لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها، فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها معرضة للحريق (ر: المادة / ٩١٩ من المجلة والمرآة) لأنه فعل ذلك الهدم لأجل نفسه.

ثم إن مفهوم القاعدة أن عدم الجواز الشرعي لا ينافي الضمان ولا يأباه، ولكن هل يستلزمه أو لا يستلزمه؟ محل نظر. وقد صرح في رد المحتار (أوائل اللقطة) بأن الإثم لا يستلزم الضمان، وقال: واستدل له في البحر بما قالوا: لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن.

أقول: ويدل له أيضا ما صرحوا به في الإكراه من أنه لو أكره بملجئ على قتل الغير أو قطع عضوه لا يحل له الإقدام. فلو فعل فالقصاص على المكره (بالكسر) ويؤيده أيضا ما لو دل وارث المودع السارق على الوديعة فسرقها، فإنه لا يضمن (كما تقدم في الكلام على المادة السابقة) .

وكما لو قصر المتولي في مطالبة المستأجر بالأجرة حتى اجتمع عليه مال كثير فهرب لا يضمن (ر: الفتاوى الانقروية، من الوقف، الباب الثامن) .

وكذا لو قصر المتولي في رفع المستأجر للحاكم لإبلاغ الأجرة إلى أجر المثل إذا كان المستأجر ممتنعا عن دفعها، مع قدرته على رفعه، لا يضمن (ر: الأشباه، من الوقف) .

وكما لو أودع اثنان مثليا عند آخر لم يجز له أن يدفع لأحدهما حصة منه بغيبة الآخر، ولو دفع لا يضمن استحسانا، ورجحه في البحر، واختار النسفي والمحبوبي الضمان (ر: الدر المختار، من الوديعة) .

وكما لو سعى ببريء إلى ظالم قد يغرم وقد لا يغرم.

فكل ما ذكر من هذه الأعمال غير جائز شرعا ولم يوجبوا به ضمانا.." (٢)

"٧ - قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله ولا يعارض النص (شن سير)

٨ - قاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان (در)

٩ - قاعدة الأجل لا يحل قبل وقته (شن)

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد ال زرقا ص/٤٥٠

(٢) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٥١

١٠ – قاعدة إذا اجتمع أمران من جنس واحد ولم يختلف مقصودهما دخل أحدهما في الآخر غالبا (شن)." [١]

"١٥ – إذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها في مرضه، وادعى الورثة أنه أبانها في

صحته، أضفنا الطلاق إلى أقرب أوقاته، وهو وقت المرض، لأنه محل اتفاق بين الطرفين (المطلقة والورثة) فهو متيقن، أما قبل المرض فهو مشكوك فيه، لذلك يصار إلى المتيقن، وإلى أقرب الأوقات، حتى يرد دليل خلافه.

(الروقي ص ٢٨٨) .

المستثنى

خرج عن هذه القاعدة مسائل تقيدها بألا تؤدي هذه الإضافة إلى نقض أمر

ثابت، فلا يعمل بها، فمن ذلك:

أ – لو قال الوكيل بالبيع بعد عزله: بعت وسلمت قبل العزل، وقال موكله: إنك بعت وسلمت بعد العزل، وكان المبيع مستهلكا، فإن القول قول الوكيل، بخلاف ما لو كان المبيع قائما فالقول للموكل.

والفرق بين الحالتين أنه في حالة هلاك المبيع يكون مقصود الموكل إيجاب **الضمان** في ذمة الوكيل، والوكيل ينكر **الضمان**، فالقول قوله، لأن الأصل براءة الذمة.

وأما في حالة قيام المبيع فإن إرادة التضمين غير مـمكنة، وإنما يدعي الوكيل حينئذ انتقال العين من ملك الموكل إلى ملك الآخر المشتري، والموكل ينكر الانتقال، فالقول قوله، لأن الانتقال من الأمور العارضة، فالأصل عدمها، ويضاف الحادث الى أقرب أوقاته.

(الزرقا ص ١٢٧ – ١٢٨) .

٢ – ادعى الأجير على الحفظ أن العين هلكت بعد تمام المدة المعقود عليها.

فيستحق كل **الأجرة**، وقال المستأجر: هلكت قبل تمام المدة بكذا أياما، فالقول للمستأجر بيمينه، وذلك لأن من المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من **الأجرة**، وإنما تثبت **الأجرة** في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلا، فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام المدة بناء على إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته يلزم منه نقض الأمر الثابت المتقرر، وهو فراغ ذمة المستأجر،

---

(١) قواعد الفقه البركتي ص/٥٤

لأنه لم يثبت بالمقدار الزائد الذي يدعيه الأجير، وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته إنما تعتبر إذا لم يؤد اعتبارها إلى نقض ما هو ثابت، فكان القول قول." [1]

"٨ – المرهون، نماؤه المنفصل كله رهن معه، لأنه تبع له فلا يفرد بالحكم، سواء كان متولدا من عينه، كالثمرة والولد، أو من كسبه، **كالأجرة**، أو بدلا عنه كالأرش والعوض، وهو داخل في عقد الرهن، فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه، وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) .

٩ – الأجير، كالراعي ونحوه، يكون النماء في يده أمانة كاصله فيتبعه في الحكم، لكن لا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي، لأنها غير داخلة فيه، بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معين، فإن عليه رعي سخالها، لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) ..

١٠ – الوديعة، يكون نماؤها وديعة في وجه، وفي وجه؛ أمانة محضة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) .

١١ – المقبوضة على السوم إذا ولدت في يد القابض، فالولد حكمه حكم أصله، وفي ضمانه وجهان، ففي وجه أنه مضمون إن قلنا إن المقبوض على السوم مضمون، وفي وجه ليس بمضمون لولد العارية؛ لأن أمه إنما ضمنت لقبفتها بسبب **الضمان** والتمليك، والولد لم يحصل قبضه على هذا الوجه، وهنا يكون الحكم استثناء من القاعدة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٩) .

١٢ – البيع في مدة الخيار إذا نما نماء منفصلا، تم فسخ البيع، ففي وجه راجح:

يرجع، لأن الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله، لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع، فيرجع بالنماء المنفصل في الخيار، بخلاف العيب.

(ابن رجب ٢/ ١٩١) .

١٣ – الحمل تابع لأمه ويتبعها قبل انفصاله في أحكام، في عدم وجوب إخراج الفطرة عن الحمل في قول.

(ابن رجب ٢/ ٢٢٦) .

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/ ١٥٠

المستثنى

١ – لو ضرب بطن امرأة حامل فاسقطت جنينا ميتا، يضمن الضارب ديته التي تسمى (غرة) أي ما يعادل خمسين دينارا، أي نصف عشر الدية، ولو كان تابعا لأمه.

(الدعاس ص ٦٤) .." (١)

"٢ – يجوز بيع المفتاح دون القفل، والرسن دون الدابة، وهكذا في كل تابع لا يكون جزءا أو كالجزء.

(الدعاس ص ٦٤) .

٣ – إن الجنين يورث فتكون غرته بين ورثته.

(الزرقا ص ٢٥٨) .

٤ – يصح الايصاء بالجنين، وللجنين، إذا ولد لأقل مدة الحمل وقت الوصية، ويصح الإقرار له بالشرط المذكور، إذا بين سببا صالحا لملك الحمل للمقر به، كإرث أو وصية، ويصح الإقرار به بدون أمه بالشرط نفسه، وإن لم يبين المقر سببا صالحا.

والفرق بين الإقرار له، والإقرار به، حيث يشترط لصحة الأول أن يبين المقر

سببا صالحا دون الثاني، فإن المقر له في الثاني أهل للتملك على الإطلاق بخلافه في الأول، فإن الحمل ليس بأهل للتملك على الإطلاق، وإذا بين سببا صالحا يصح.

(الزرقا ص ٢٥٨) .

٥ – لو أبطل المديون الأجل صح، وحل الدين، مع أن الأجل صفة له، والصفة تابعة للموصوف.

(الزرقا ص ٢٥٨) .

٦ – إن الدابة المبيعة إذا استحقت بالبينة، وكانت قد ولدت في يد المشتري، فإن ولدها يتبعها في الاستحقاق، وإن لم يدعه المستحق، ولكن بشرط القضاء به، وهذا إذا سكت الشهود عنه، أما إذا بينوا أنه لذي اليد، أو سئلوا فقالوا: لا ندري، فلا يتبعها.

(الزرقا ص ٢٥٨) .

٧ – العارية: لا يرد عقد الإعارة على ولدها التابع لها، وليس للمستعير الانتفاع به، وهو مضمون، لأنه تابع لأصله في وجه، وفي وجه ليس بمضمون، لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به، والنماء ممسوك

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٤٤٣/١

لحفظه على المالك، فيكون أمانة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٨) .

٨ - المقبوض بعقد فاسد مضمون بالأجرة، وفي ضمان زيادته وجهان، وأكد القاضي الفراء سقوط الضمان، بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها، وهو منتقض بتضمينه الأجرة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٩) ..

٩ - من حلف ألا يأكل مما اشتراه فلان، فأكل من لبنه أو بيضه، لم يحنث، لأن." (١)

"قال أبو عبيد: " الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتريه الرجل فيستغله زمانا، ثم يعثر منه على عيب دلسه (أخفاه) البائع، فيرده، ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها، لأنه كان في ضمانه، ولو هلك هلك من ماله "، وكذا قال الفقهاء: "معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم (المصلحة) في مقابلة الضمان ".

فخراج الشيء يستحقه من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه، وحسابه، في مقابلة الضمان، وستأتي قاعدة "الغرم بالغنم " (م/ ٨٧) .

التطبيقات

١ - لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب، وكان قد استعمله مدة، لا يلزمه أجرته؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله.

(الزرقا ص ٤٢٩، اللحجي ص ٦٨، الروقي ٣٣٠،.

(ابن رجب ٢/ ١٩١) .

٢ - لو اشترى المبيع، وآجره، فإن الأجرة تطيب للمشتري ولو رد المبيع بعد ذلك.

(الزرقا ص ٤٢٩، اللحجي ص ٦٨، (ابن رجب ١/ ١٦٦) .

٣ - لو اشترى شخص شاة، وولدت عنده، ثم ردها للبائع بعيب، فالولد للمشتري.

(اللحجي ص ٦٨، (ابن رجب ٢/ ١٩١) .

٤ - لو وجد شخص ركازا، واستعمله، أو آجره، ثم ظهر صاحبه، فلا ضمان على الواجد.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٤٤٤/١

(اللحجي ص ٦٨) .

٥ – لو وهب شخص لآخر عينا فاستعملها، أو استغلها وأجرها، بعد قبوله وقبضه، ثم رجع الواهب عن هبته، فالغلة والخراج والثمرة للموهوب له.

(اللحجي ص ٦٨) .." [1]

"١٣ – تكون الغلة للمشتري في أربعة مواضع إذا رد منه المبيع؛ لأن ضمانه كان عليه، وهي:

أ – لا يرد المشتري الغلة إذا رد المبيع لفساد العقد، أو لعيب فيه إذا أزهت الثمرة؛ لأن **الضمان** عليه، ويردها قبل ذلك.

(الغرياني ص ٤٤١) .

ب – لا يرد المشتري الغلة للشفيع مع الشقص إذا يبست الثمرة؛ لأن **الضمان** كان عليه، ويردها قبل ذلك.

(الغرياني ص ٤٤١) .

جـ – لا يرد المشتري الغلة إذا استحق منه المبيع إن يبست الثمرة؛ لأن **الضمان** كان عليه، ويردها قبل ذلك.

(الغرياني ص ٤١٤) .

د – لا يرد المشتري الغلة إذا أفلس البائع، وأخذ منه المبيع إذا جذ الثمرة، وترد منه قبل ذلك.

(الغرياني ص ٤٤١) .

١٤ – يجوز للمستأجر أن يوجر العين بأكثر مما استأجرها به؛ لأن المنافع مضمونة على المستأجر، بمعنى أنه إذا سلم إليه العين المؤجرة، ولم ينتفع بالعين تلفت على ملكه، بخلاف ما إذا تلفت العين المؤجرة، فإن هذا بمنزلة تلف الثمر قبل صلاحه.

(ابن تيمية، الحصين ٢/ ٢٦١) .

١٥ – إذا وهب رجل لآخر فرسا، وبعد مدة طلب الواهب أجرتها، فعرض الموهوب له ردها، فامتنع الواهب من أخذها إلا مع **الأجرة**، فإن ردها الموهوب له فلا شيء غير ذلك، وليس للواهب المطالبة **بالأجرة**، لأن الموهوب له كان ضامنا لها، وكان يطعمها بانتفاعه بها مقابل ذلك..

(ابن تيمية، الحصين ٢/ ٢٦٢) .

١٦ – إذا اشترى طعاما، ومكنه البائع من قبضه، بأن ميزه وأفرزه، ولم يقبضه المشتري، فهلك، فهو من

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٤٧٣/١

ضمان المشتري، لأن خراجه له، فيكون ضمانه عليه.

(ابن تيمية، الحصين ٢/ ٢٦٥) .

١٧ – المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة، ففي رواية: الزيادة للمشتري، تطبيقا للقاعدة، والمشهور أن الزيادة للبائع تبعا لأصلها، ولا يستحق المشتري عليه شيئا، وهذا استثناء من القاعدة ".

(ابن رجب ٢ / ١٥٣، ١٩٢) .." [١]

"قال: احفظها في البيت الفلاني من دارك، فحفظها في بيت آخر مثله فسها، أو استأجر الدابة ليحملها كرا معينا من حنطة مثلا، فحملها كرا من حنطة أخرى.

أو خالف إلى ما هو خير، كما إذا حفظ الوديعة في بيت أحصن من الذي عينه، أو استأجر الدابة ليحملها كر حنطة فحملها كر شعير أوسمسم، فتلفت الوديعة أو العين المستأجرة، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك.

(م/ ٥٠٠، ٦، ٧٨٤، ٩٢٣)

وهذا فعل مباح أيضا.

(الزرقا ص ٤٤٩، الدعاس ص ٧٢) .

فإن حملها أكثر من المعتاد فإنه يضمن لأنه غير جائز شرعا.

٣ – لو أخذ الوكيل بالبيع رهنا بثمن ما باعه فهلك الرهن لا يضمن للموكل، وسقط الدين عن المشتري إذا كان مثل الثمن (م/ ١٥٥٥)

وهذا فعل مباح.

(الزرقا ص ٤٥٠) .

٤ – لو حبس الأجير العين التي لعمله فيها أثر لأجل **الأجرة** فهلكت في يده، لا يضمن العين، وسقط **الأجر** لهلاكها قبل التسليم للمستأجر.

(الزرقا ص ٤٥٠) .

٥ – لو فسخت **الإجارة**، فحبس المستأجر العين المأجورة لقبض ما كان عجله من **الأجرة**، فهلكت العين في يده، لا يضمن، ولا يسقط ما عجله.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٤٧٥/١

(الزرقا ص ٤٥٠) .
٦ - لو أنفق الملتقط بأمر القاضي ليرجع بما أنفق على صاحبها، ثم طلبها ربها
فمنعها منه ليأخذ النفقة فهلكت بعد منعه لا يضمن، ولا تسقط النفقة على المعتمد.
وذلك لأن كل ما ذكر فعل من الأعمال الجائزة، والجواز الشرعي ينافي **الضمان**.
(الزرقا ص ٤٥٠٥، الدعاس ص ٧٢) .
٧ - إذا امتنع الوكيل بالبيع أو الشراء عن فحل ما وكل به حتى هلك في يده المبيع أو الثمن، أو امتنع المضارب عن العمل في رأس مال المضاربة بعد أن قبضه حتى هلك في يده، أو أخر إنسان عنده المال المدفوع إليه ليوصله إل آخر، أو ليقضي به دين الدافع حتى هلك عنده، فإنه لا ضمان عليهم، لأن امتناع من ذكر جائز، وهو المباح بالترك.
والجواز الشرعي ينافي **الضمان**.
(الزرقا ص ٤٥٠) .
٨ - لو تلف بمروره بالطريق الع١م شيء، أو أتلفت دابته بالطريق العام شيئا بيدها." [1]
"القاعدة: [٩٩]
الأجر والضمان لا يجتمعان (م/٨٦)
التوضيح
الأجر: هو بدل المنفعة عن مدة ما، **والضمان**: هو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانها، ولا يجتمع **الأجر والضمان** في محل واحد من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة، لأن **الضمان** يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، **والأجر** يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة.
والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامنا **فالأجر** واجب، وفي كل موضع يصير ضامنا، فلا أجر عليه.
وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية فقط، وعند غيرهم من الأئمة لا اعتبار لهذه القاعدة، ويجتمع **الأجر والضمان**، كالغاصب الذي انتفع بالمغصوب وهلك، فإنه يضمنه وعليه **الأجرة**.
أما عند الحنفية **فالضمان** يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له، أو كالغصب، ومنافع المغصوب عندهم غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٤٠

الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا، وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.." [1]

"التطبيقات

إن الصور الممكنة التي تدور عليها القاعدة المذكورة عشر، وذلك لأن التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها، أو يكون بعد استيفاء بعضها، أو يكون قبل استيفاء شيء من المنفعة، وفي الوجهين الأخيرين إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أو لا، وفي الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف، فتلك عشرة كاملة من ضرب اثنين في خمسة.

ويجب الأجر في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة، ولكن عند استيفاء كلها يجب الأجر كاملا، وفي استيفاء بعضها يجب بحسابه، ولا يجب الأجر لما بعد التعدي، وأما أجر ما استوفاه من النفعة بعد التعدي وصيرورته ضامنا فإنه ساقط.

وهذه هي الصور العشر، مع تطبيقات أخرى لها:

١ – استأجر دابة، وتعدى إلى مكان آخر، ولم ينتفع مطلقا، وسلمت الدابة، فلا أجر عليه، لأنه في معرض الضمان كالغاصب.

(الزرقا ص ٤٣٤، الدعاس ص ٧٥) .

٢ – استأجر دابة، وتعدى، ثم انتفع، وسلمت الدابة، فهو في معرض الضمان، ولا أجر عليه، (الزرقا ص ٤٣٤)

لأنه استقرت عليه بالأجر.

٣ – استأجر دابة، وانتفع كاملا، ثم تعدى بتجاوز المكان أو المدة، وسلمت الدابة، يجب الأجر كله (الزرقا ص ٤٣٤)

لأنه استقر في ذمته، مع الإثم للمخالفة.

(الدعاس ص ٧٥) .

٤ – استأجر دابة، واستوفى المنفعة كلها، وتعدى في أثنائها.

وسلمت الدابة، فيجب الأجر لما قبل التعدي فقط.

(الزرقا ص ٤٣٤) .

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٤٧

٥ – استأجر دابة، واستوفى بعض المنفعة، ثم تعدى، ولم ينتفع بعد ذلك، وسلمت الدابة فيجب **الأجر** لما قبل التعدي بحسابه فقط.

(الزرقا ص ٤٣٤) .." (١)

"١٤ – وكذا إذا استأجره قروي ليحمل عليه برا إلى المدينة، ففعل، ووضع عليه في الرجوع إلى بيته قفيز ملح بلا إذن، فمرض، فمات، ضمن، لغصبه ولا أجر، إذ لا يجتمعان، ولو سلم الحمار فله أجر ما عى فقط، إذ لا أجر للغصب.

(الزرقا ص ٤٣٣) .

١٥ – استأجر حمارا لحمل متاعه في طريق معين، فحمله في طريق آخر مخوف، أو ليحمله على دابة معينة، فحمله في البحر فتلف، فإنه يضمنه، وإن أوصله سليما وجب كل **الأجر**.

(الزرقا ص ٤٣٣) ، لأن المعقود عليه إيصال المستأجر (بفتح الجيم)

مال المستأجر (بكسر الجيم) وقد حصل، ولكن مع المخالفة في كيفية الإيصال المشروطة، ولا عبرة بالخلاف عند حصول المقصود.

(الزرقا ص ٤٣٣) .

١٦ – إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم بر مثلا، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة، فتلفت، وكانت لا تطيق ما حملها، ضمن كل قيمتها، ولا أجر عليه، لصيرورته غاصبا.

(الزرقا ص ٤٣١) .

المستثنى

١ – لو است أ جر دابة لركوبه، فركبها، وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه، وكانت الدابة تطيق حمل الاثنين، فعطبت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل **الأجر**، ويضمن نصف قيمتها، وذلك لعدم اتحاد جهة **الأجر**، وجهة **الضمان**.

(الزرقا ص ٤٣١) .

٢ – استأجر حمارا ليحمل عليه اثنى عشر وقرا من التراب إلى أرضه بدرهم، وله في أرضه لبن، فصار كلما عاد يحمل عليه اللبن، فإذا سلم الحمار في هذه الصورة يجب عليه كل **الأجر**، ولا مانع من وجوب **الأجر**

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٤٨

مع المخالفة، وهذا خلاف ما عليه الفتوى.

(الزرقا ص ٤٣٤) .." [1]

"القاعدة: [٢٣١]

كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده.

والعكس بالعكس

التوضيح

إن العقد الصحيح إذا كان موجبا للضمان كالبيع والإجارة والنكاح، فالعقد الفاسد كذلك، وعقود الأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة، وكذلك الصدقة، فإنه لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفساد.

ولكن وقع خلاف في المذهب الحنبلي في حالة الضمان في العقد الفاسد، هل يضمن بما سمي فيه، أو بقيمة المثل؟.

التطبيقات

١ - البيع الصحيح يجب فيه ضمان العين بالثمن، وكذلك المقبوض بالبيع الفاسد يجب فيه ضمان الثمن على المذهب.

(ابن رجب ١/ ٣٣٥) .

٢ - الإجارة الصحيحة تجب فيها الأجرة بتسليم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع، وفي الإجارة الفاسدة روايتان، الأولى تجب الأجرة.

والثانية لا تجب إلا بالانتفاع وهي الأشبه، وكذلك الأمر في ضمان منفعة المبيع.

(ابن رجب ١/ ٣٣٥) .." [2]

"التطبيقات

١ - الإجارة: يملك المستأجر المنافع، ويملك المؤجر الأجرة بنفس العقد.

(ابن رجب ١/٣٤٧) .

٢ - النكاح: يملك الزوج منفعة البضع بالعقد، وتملك المرأة به الصداق كله في ظاهر المذهب.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٥٠

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٢/٨٥٣

(ابن رجب ١/٣٤٧) .

وكذلك الخلع على مال.

٣ – المعاوضات القهرية، كأخذ المضطر طعام الغير.

فيثبت **الضمان** للمالك في آن واحد.

(ابن رجب ١/٣٤٧) .

٤ – الشفعة: يأخذ الشفيع الشقص، ويثبت الثمن للمشتري

في آن واحد.

(ابن رجب ١/٣٤٧) .." (١)

"للبائع: متى جئت بالثمن إلى شهر مثلا فالبيع رد عليك، فجاءه بعد الشهر بالقرب، فهل يكون المبيع للبائع أم لا؟

قولان، وكذا عهدة الثلاث، وعهدة السنة (١) ، فإذا

حدث العيب بعد انقضائها بالقرب، فهل يرد به المبيع أم لا؟.

(الغرياني ص ٦٣) .

٧ – المكتري للدابة أو السيارة بالمسافة إذا تجاوزها بيسير، وهلكت الدابة أو السيارة، فهل يكون ضامنا بالتجاوز اليسير أم لا؟

المشهور أنه يضمن.

(الغرياني ص ٦٤) .

٨ – من أرسل الجارح على صيد بقرب الحرم، فقتله، فهل يجب عليه الجزاء أم لا؟

فيه خلاف، والمشهور أن عليه الجزاء.

٩ – تأجيل رأس مال المسلم ليومين أو ثلاثة جائز؛ لأنه في حكم الحال، وأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، وكذلك تأخير قبض المبيع المعين إلى ثلاثة أيام جائز، لأنه في حكم الحال.

(الغرياني ص ٦٤) .

١٠ – المكتري يدعي دفع الكراء بحد انقضاء الوجيبة (وهي المدة التي يتفاضى المالك الكراء في ن٥ايتها، كالمشاهرة أو المسانات) بالقرب، هل يصدق أم لا؟

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٨٥٦/٢

فيه تفصيل، فإن القول قول المكري عند التنازع في قبض الأجرة بيمينه أنه لم يقبض إذا كان ذلك عند انقضاء الأجل أو قريب منه، لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه، أما فيما بعد وانقضى من المدة فإن الفول قول المكتري بيمينه عند التنازع في الدفع؛ لأن المكري لو لم يقبض ما سكت المدة الطويلة.

(الغرياني ص ٦٥) .

١١ – الشريك في الزرع إذا ادعى الدفع لشريكه، فالقول قول منكر الدفع بيمينه أنه لم يقبض حصته، إذا كان ذلك عند تصفية الزرع والحصاد أو بعده بقليل؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

(الغرياني ص ٦٥) .

.

(١) العهدة: هي الضمان أو الكفالة للمبيع في عصرنا الحاضر، وهي مسؤولية البائع عن العيب الحادث خلال ثلاثة أيام، وتسمى عهدة الثلاث، أو خلال سنة، رذلك تختلف باختلاف السلعة (تطبيقات القواعد الفقهية ص ٦٤) .." [١]

"٤. كل من له حق فهو له على حاله حتى يأتيه اليقين على خلاف ذلك.

واليقين أن يعلم أو يشهد عنده الشهود العدول.

٥. التحري يجوز في كل ما جازت فيه الضرورة.

وبناء على ذلك إذا اشتبه عليه الطاهر بالنجس لم يجب عليه أن يتحرى في أحدهما للوضوء وينتقل إلى البدل وهو التيمم بخلاف الشرب.

٦. (لا يجتمع الأجر والضمان) فانظر إلى هذه القواعد كيف أحكم نسجها وصقلت صياغتها وإن منها ما يماثل تماما الأسلوب الذي راج وشاع في كتب المتأخرين عند التقعيد على سبيل المثال قوله: (لا يجتمع الأجر والضمان) فقد عبرت عنه (المجلة) بالصيغة نفسها تقريبا وهي: (الأجر والضمان لا يجتمعان) .

وعلى ذلك المنوال جرى الإمام المذكور في مواضع من كتابه (الحجة)." [٢]

"(ا) ففي جانب المصالح العامة:

شرع الجهاد لدفع شر الأعداء، ووجبت العقوبات لقمع الأجرام وصيانة الأمن، ووجب سد ذرائع الفساد

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٨٩٣/٢

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٥١

من جميع أنواعه.

(ب) ومن جانب الحقوق الخاصة:

شرع حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار.

وشرع الحجر على السفيه لدفع الضرر سوء تصرفاته المالية.

وشرع الحجر على المفلس منعا للضرر عن الدائنين.

وحق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن، أو يوكل وكيلا بالخصومة.

وشرع الإجبار القضائي على قسمة المال المشترك القابل للقسمة، بناء على طلب أحد الشركاء دفعا لضرر شركة الملك.

ولو امتنع الأب من الإنفاق على ولده القاصر أو العاجز، يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد.

ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه إذا مست الضرورة، لقوله عليه الصلاة والسلام: (من شهر على المسلمين سيفا فقد أحل دمه) . الحديث رواه الترمذي في الحدود، وكذلك ابن ماجة باختلاف لفظ، النسائي في كتاب التحريم) .

لأنه باغ فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته.

وكذلك للمضطر أن يأكل مال غيره حفاظا على حياته، لكن عليه **الضمان**، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان، ولأن الاضطرار لا يبطل حق الغير كما سبق بيانه.

ومنها أن الأجير الذي لعمله أثر في العين، كالصبغ مثلا أو الخياطة، إذا حبسها لقبض **الأجرة** فهلكت، يلزمه **الضمان** لكن له **الأجر**، لأن الضرر يدفع بقدر الإمكان.." (١)

"الذي حدث فيه العرف الجديد لقال بخلاف ما قال أولا، فهذا يعتبر فيه عرف الحادثة ولو خالف حكما سابقا مبنيا على عرف مخالف، وهذا مبني على قاعدة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) .

ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد: إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد.

ولهذا ترى كثيرا من العلماء خالفوا ما نص عليه المجتهدون في مواضع كثيرة بناء على ما كان في زمنهم،

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٢٥٧

لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمنهم لقالوا بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبهم.

أمثلة وفروع على القاعدة:

إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطاء المعلمين، إذ لو اشغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة أو صناعة يلزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم، وكذلك على الإمامة والأذان، مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه كثير من أئمة المذاهب من عدم جواز الاستئجار وأخذ الأجرة عليها كبقية الطاعات من الصوم والصلاة والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك.

ومن ذلك تضمين الساعي بالفساد، مع أن ذلك مخالف لقاعدة (الضمان على المباشر دون المتسبب) ولكن أفتوا بضمانه زجرا بسبب كثرة السعاة المفسدين.

وتضمين الأجير المشترك.." (١)

"معدوم.

ملحوظة: قد يعتبر استعمال الناس المخالف لنصوص الفقهاء إذا كانت هذه النصوص مبنية على العرف أو على ضرب من الاجتهاد والرأي، فبتبدل العرف لا مانع من تبدل الحكم إذا كان الاستمرار على الحكم السابق فيه ضرر ومشقة تصيب العباد.

فمن ذلك: عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، فعلى الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود مع أن ذلك مخالف لما نص عليه أبو حنيفة رحمه الله من الاكتفاء بظاهر العدالة، وبناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة على الناس، ولكن أبا يوسف ومحمدا نصا على أنه لا يكتفي بذلك الظاهر لفشو الكذب في زمانهما، وعلى ذلك فقهاء مختلف المذاهب.

ومن ذلك تضمين الساعي (أي النمام) بالفساد بين الناس ما أتلف بسبب سعايته مع مخالفة ذلك لقاعدة: (الضمان على المباشر دون المتسبب) ، ولكن لكثرة السعاة المفسدين أفتوا بتضمينه.

وسيأتي مزيد من الأمثلة على ذلك حين الحديث عن قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) .

من أمثلة هذه القاعدة وفروعها:

إذا استعان شخص بآخر على شراء عقار، وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة،

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٢٨٥

فينظر تعامل أهل السوق، فإن كان معتادا في مثل هذه الحال أخذ أجرة كصاحب مكتب عقاري، فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من." (١)

"لكن لما فسد الزمان وخربت الذمم وكثر الطمع وقل الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة في وجه عندهم بعدم نفاذ هذه التصرفات من المدين، إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله.

وعند الإمام أبي حنيفة أنه لا يلزم تزكية الشهود ما لم يطعن فيهم الخصم، اكتفاء بظاهر العدالة، وأما عند صاحبيه أبي يوسف ومحمد فيجب على القاضي تزكية الشهود بناء على تغير أحوال الناس.

كذلك أفتى المتأخرون بتضمين الساعي بالفساد لتبدل أحوال الناس مع أن القاعدة (إن الضمان على المباشر دون المتسبب) ، وهذا لزجر المفسدين، كما سبق بيانه.

كذلك جواز إغلاق أبواب المساجد في غير أوقات الصلاة في زماننا، مع أنه مكان معد للعبادة ينبغي أن لا يغلق، وإنما جوز الإغلاق صيانة للمسجد عن السرقة.

ومن ذلك أيضا قبول شهادة الأمثل فالأمثل، وجواز أخذ الأجرة على أداء الشعائر وتعليم القرآن، والتقاط ضالة الإبل زمن عثمان رضي الله عنه.

(ب) أمثلة للأحكام التي تغيرت لتغير العادات وتبدل المصالح وتطور الزمن.

منها نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن كتابة حديثه، ثم انصرف العلماء إلى تدوين السنة بأمر أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رحمه الله.

ومنها كتابة القرآن الكريم في الورق ثم طباعته بعد ذلك وإعجامه بعد أن كان مجردا.

ومنها إنشاء المدارس ومراحل التعليم المختلفة والجامعات بأنواعها ونظمها المختلفة.." (٢)

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٢٩٣

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٣١٢